

PALOMA IVANA MORALES CARRILLO

**RESPONSABILIDAD PENAL DEL SERVIDOR PÚBLICO POR LA COMISIÓN DE LOS
DELITOS DE COHECHO PROPIO, PREVARICATO POR ACCIÓN Y
DESPLAZAMIENTO FORZADO EN PROCESOS DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL
DE PROYECTOS DE INTERÉS NACIONAL ESTRATÉGICO**

(Tesis de Grado)

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:

DR. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

SECRETARIA GENERAL:

DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO:

DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

DIRECTORA DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN FILOSOFÍA Y DERECHO:

DRA. CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ

DIRECTORA DE TESIS:

DRA. CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. WILLIAM TORRES TÓPAGA

EXAMINADORES:

DRA. NATALIA SILVA SANTAULARIA

DR. WILLIAM TORRES TÓPAGA

Agradecimientos,

Quisiera agradecer a todas las personas que en el transcurso de este último año y medio tuvieron conmigo palabras de apoyo y me brindaron un espacio para exponer mis preocupaciones y mis esfuerzos. Cada una de ellas sabe su importancia para mí.

A mi anterior director de tesis, el Dr. Yesid Reyes Alvarado, por haberme inspirado a trabajar fuertemente y con rigurosidad. Los espacios de diálogo que me brindó, sin lugar a dudas tienen un valor infinito y me enseñaron que no todo tiene que ser dicho, solo aquello que es relevante y representa un aporte real. Lo demás son halagos del autor a sí mismo y estos deben evitarse en el camino hacia la Academia.

A la Dra. Carmen Eloísa Ruiz López, mi actual directora de tesis, por su generosidad y constante disposición a guiarme y ayudarme a culminar esta etapa tan temprana de mi preparación profesional. Sus consejos y constantes llamadas, causaron una impresión profunda en mi alma temerosa al fracaso y me motivaron a no desfallecer en el esfuerzo. La admiro y respeto como la maravillosa profesional y referente que es para las mujeres que queremos un espacio en el Derecho Penal, como litigantes y académicas.

A Natalia Silva Santaularia, su inocencia y audacia me motivaron a tomar las decisiones correctas para sacar adelante este trabajo de grado. Solo ella sabe el apoyo que como profesional y amiga me dio en los momentos en los cuales lo necesité. Gracias por darme la fuerza que hoy se refleja en estas páginas, por ser la primera oportunidad que tuve para demostrar mis aptitudes e interés en estos temas y brindarme un espacio seguro con las herramientas para desarrollarlos.

Al Centro de Estudios para la Justicia Social – Tierra Digna y a cada una de las personas con las cuales trabajo. Sus inquietudes, nuestros procesos territoriales con las comunidades y el desespero por una justicia social, fueron motor de este trabajo y evitaron que mis elucubraciones ignoraran la realidad de un país que exige que trabajemos a diario por su gente, nuestros campesinos y campesinas, nuestras comunidades indígenas y afrocolombianas. Creo firmemente que la Academia aún tiene mucho camino en la construcción de puentes con los ciudadanos de a pie. Ellos esperan ser beneficiarios de sus diálogos y debates internos, pues son quienes más anhelan poder entender sus realidades y enfrentarse a ellas.

A Jennifer Chavarro, su liderazgo incansable en el Huila como presidente de la Asociación de Afectados por el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo (Asoquimbo), me inspiraron de formas desconocidas, al tiempo que me confirmaron la importancia de los liderazgos de las mujeres en contextos de graves violaciones a los Derechos Humanos. A ella le debo ver al Huila a través de los ojos de nuestros campesinas y campesinos.

Dedicatoria

A mi padre, Ernesto Morales, a él le debo el amor infinito que inculcó en mí hacia la lectura desde mis más tempranos años. Sus enseñanzas en diferentes áreas del conocimiento, sus apreciaciones de la realidad y la indignación compartida por la injusticia social son los mayores tesoros que como adulta tengo para enfrentarme a la vida. Espero haber reparado en algo el dolor que jamás te abandona. Tú eres mi estrella y te seguiré entre las penumbras por la eternidad, aunque me cueste la vida entera siquiera parecerme a ti. Mi amor eterno.

A mi madre, Berenice Carrillo, sus lecciones y palabras las llevo impresas en mí. Le debo no solo la vida, sino la disciplina que me ha servido para trabajar y cultivarme durante todos estos años. La admiro como la mujer fuerte que es. Su trabajo inacabable me ha comprobado que uno siempre tendrá fuerzas para seguir. Gracias por hacer de mí una mejor mujer.

A mi pareja, Pedro Plata R., por el amor que me ha entregado durante todos estos años, su preocupación y alegría genuinas por mis asuntos, su compañía a tempranas horas y espera en los pasillos de la Universidad, mientras me probaba a mí misma que podía. Por respetar mi libertad para pensar y crecer. Por motivar mi ambición y no permitir que yo la limitara. Por ser mi compañero, mi mejor amigo y aliado. Por enseñarme que el miedo no debe ser motor de mi trabajo, pero que sí lo es, yo podré vencerlo. Por su paciencia y entrega irrenunciable a nuestro proyecto. Te amo.

A Robert por ser mi protector y siempre cuidarnos desde la distancia. El ejercicio amoroso de tu profesión siempre te hará mi héroe.

A “Don Pedro”, a quien le debo los mejores recuerdos de mi infancia. No sabes cuánto te extrañamos.

INTRODUCCIÓN	7
---------------------------	----------

CAPÍTULO 1	14
-------------------------	-----------

I. La Administración Pública como objeto difuso de protección del ordenamiento jurídico colombiano.....	14
a) ¿Qué debe entenderse por Administración Pública, función pública y función administrativa?.....	17
b) ¿Cuál es la protección buscada a través del derecho penal?	20
II. La “compraventa de la función pública”	23
a) El cohecho: “Servir a Roma es un honor suficiente”.	23
b) El delito de cohecho propio. Análisis del tipo penal y sus elementos para la configuración de la conducta punible.	27
i) Naturaleza del delito de cohecho propio.	28
ii) Sujeto activo calificado: El servidor público.	37
iii) Sujeto pasivo: ¿El Estado?.....	42
iv) Bien jurídico protegido: Precisiones a partir del delito de cohecho propio.....	46
a. Instituto personal.....	46
b. Instituto jurídico.....	47
c. Instituto real.....	47
v) Objeto material del delito y verbos rectores a través de los que se realiza.	51
vi) Tipo subjetivo y ¿tentativa?	56
c) Cohecho por dar u ofrecer: “Peca por la paga como quien paga por pecar”	57

CAPÍTULO 2	60
-------------------------	-----------

I. La necesidad de protección ambiental enfrentada al “deber” de desarrollo económico de los países.....	61
a) La licencia ambiental: Regulación y límite de la libertad económica.	65
b) La licencia ambiental: ¿Instrumento con la potencialidad de prevenir, controlar, corregir y mitigar impactos?.....	71
II. Los Proyectos de Interés Nacional o Estratégico: principales dificultades y riesgos en su evaluación y autorización.	78
a) Fases del proceso de licenciamiento ambiental.....	84
i) Fase previa: Solicitud de determinación de la necesidad de presentación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA).	85
ii) Fase de solicitud de la licencia ambiental.	86
iii) Fase de otorgamiento de la licencia ambiental: Contenido.....	88
iv) Fase de control y seguimiento del cumplimiento a la licencia ambiental otorgada.	89
b) Estudios ambientales. Énfasis en el componente socioeconómico y el desplazamiento involuntario de poblaciones.	90
i) Estudios ambientales y componente socioeconómico: Noción general.....	90
ii) Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA).....	93
iii) Estudio de Impacto Ambiental (EIA).	96
iv) Plan de Manejo Ambiental (PMA).....	100
III. Desplazamiento involuntario. Rol de la ANLA y configuración del concurso real heterogéneo entre los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción.	101
a) El desplazamiento involuntario como fenómeno económico.....	102
b) Inexistencia de un marco regulatorio del reasentamiento y convivencia: Rol de la autoridad ambiental.	106
c) Concurso real heterogéneo sucesivo entre los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción..	109

CAPÍTULO 3	115
I. Desplazamiento forzado: análisis en contextos diferentes al conflicto armado interno.	116
a) Conducta pluriofensiva en contextos de violación de los Derechos Humanos.	118
b) Naturaleza jurídica del desplazamiento forzado. Conducta típica y ausencia de sujeto activo cualificado.	121
c) Arbitrariedad de la “violencia” y los “otros actos coactivos”.	125
II. Presentación de hipótesis de responsabilidad penal y estudio del elemento subjetivo del desplazamiento forzado a partir de ellas.....	131
a) Responsabilidad penal del servidor público por el delito de desplazamiento forzado causado a título de dolo directo como objeto del acuerdo ilícito.	133
i. ¿Autoría mediata por creación o utilización del error por parte del servidor público de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales de la ANLA o determinación?	134
ii. Coautoría entre el servidor público de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales y el Director de la ANLA.	145
b) Responsabilidad penal del servidor público por el delito de desplazamiento forzado causado a título de dolo eventual como efecto del acuerdo ilícito.	149
c) Concurso real heterogéneo sucesivo entre los delitos de cohecho propio, prevaricato por acción y desplazamiento forzado.	155
III. Conclusiones finales: Apreciación de la “transición” del impacto socioeconómico del desplazamiento involuntario al delito de desplazamiento forzado.	157
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164

Introducción

Colombia se ha hecho acreedora de un reconocimiento ignominioso debido a los altos índices de corrupción pública que enfrenta y la profunda preocupación que esta situación genera entre sus ciudadanos. Al ser una problemática de complejas dimensiones, las soluciones planteadas son percibidas como inadecuadas, ineficaces o poco efectivas. Esto ha hecho que no se trate de un asunto fácil de superar y que, por el contrario, suponga una mayor cantidad de tiempo, recursos y herramientas que exceden la voluntad política actual.

Esta clase de corrupción que por décadas ha afligido, truncado el desarrollo del país y contado con una alta exposición mediática, ha sido identificada como la causa omnipresente en múltiples reclamos de la ciudadanía con relación al Estado constituido. Semánticamente definida como el acto de corromper, abusar o viciar una acción o proceso, puede ser analizada en el marco de la existencia y funcionamiento de los diferentes niveles del Estado y ser dividida en dos categorías principales:

La gran corrupción consistente en actos cometidos en un alto nivel de gobierno que distorsiona las políticas o el funcionamiento central del Estado, permitiendo a sus líderes beneficiarse a expensas del bien público. Y la corrupción menor referida al abuso cotidiano del poder confiado a los funcionarios públicos de nivel medio y bajo en sus interacciones con ciudadanos comunes, quienes a menudo intentan acceder a los bienes o servicios básicos en lugares como hospitales, escuelas, departamentos de policía y otras agencias. (Transparencia Internacional, 2015, párr.1)

Esta división es aplicable al caso colombiano, en el que se han agravado otras problemáticas estrechamente relacionadas con las consecuencias apreciables de este fenómeno en diferentes ámbitos de la colectividad como el político, económico, social e incluso el cultural, ejemplo de lo anterior, es el uso común de diferentes expresiones para connotar la corrupción pública en el plano sociopolítico. Así lo demuestra el estudio realizado por Rodrigo Sandoval en el que se analizaron, a partir de su compilación y codificación, 129

metáforas utilizadas en las columnas de opinión de dos importantes diarios, una revista de circulación nacional¹ y los foros abiertos de sus plataformas virtuales.²

Tras clasificarlas en 24 categorías con códigos de identificación como “inmoral, comida, enfermedad, sucio, guerra, huele mal, robar, maldad” (Sandoval, 2017, p.15), se pudo concluir la existencia de una mala impresión entre los ciudadanos quienes, con una participación activa en dichos foros, cuestionan las bases éticas y morales de quienes se ven inmersos o cometen actos de esta clase, al tiempo que relacionan los casos expuestos con una sintomatología extraída de la información que reciben sobre ellos.

De los códigos asociados a las metáforas escogidas, el que más llama la atención es el de “comida” dado su carácter inusual. Sandoval (2017) lo explica a partir del entendimiento que la población tiene de la corrupción estatal como repartición del erario como un “ponqué” del cual cada quien espera recibir una “tajada”.³ Lo cual guarda relación con una de las dinámicas negativas generadas, quizás la más notoria, consistente en las constantes acusaciones contra quienes integran el recurso humano del Estado en calidad de servidores públicos y trabajadores oficiales.

Consecuencia de un inconformismo generalizado por la ineficiente respuesta estatal a las necesidades de sus asociados y la incapacidad en la persecución de quienes incurren en estas prácticas a través de políticas públicas contundentes, se promueve una percepción sobre las sanciones legales como medios ineficaces para perseguir la responsabilidad de los servidores públicos a quienes se acusa indiscriminadamente de carecer de la preparación suficiente, idoneidad moral y de la probidad esperada para ocupar determinadas posiciones

¹ Los diarios escogidos fueron El Tiempo y El Espectador, mientras que la revista seleccionada fue Semana.

² En este sentido se pueden consultar los diferentes tomos de la publicación de la investigación adelantada por la Universidad Externado de Colombia, “La Corrupción en Colombia”, los cuales son: “Corrupción, política y sociedad”; “Enfoques sectoriales sobre corrupción”; “Corrupción privada” y “Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos”. En la primera de estas compilaciones se analiza la corrupción desde la perspectiva de los medios de comunicación y la opinión pública, así como su significado. Ver: <https://www.uexternado.edu.co/la-universidad/el-externado-entrega-valiosa-herramienta-para-la-lucha-contra-la-corrupcion/>

³ Otras locuciones peyorativas han surgido bajo esta misma lógica como, por ejemplo, la “mermelada” acuñada por los opositores del gobierno de Juan Manuel Santos para acusarlo de la comisión de actos de corrupción y clientelismo. Pese a que la expresión inicialmente fue utilizada para referirse al sistema de regalías y los dineros que en virtud del mismo se transferirían a los diferentes territorios.

al interior de la organización estatal, negociar el ejercicio de sus funciones o simplemente ser la “cuota política” de alguien más al interior de la Administración Pública.⁴

No obstante, en los eventos en los que efectivamente sí se configura una conducta desviada por parte de aquellos, el punto de partida para su adecuación dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano es el examen de sus calidades especiales.

Puesto que la diferencia entre los efectos que genera la equivocación, el error o el juicio incorrecto deliberado de quien tiene a su cargo una función, un bien o un servicio público, radica en que sus actos contrarían y afectan a la Administración Pública como un conjunto al que pertenece y como bien jurídico colectivo penalmente protegido. Protección consagrada en el Título XV de la Ley 599 de 2000, a través de diferentes supuestos de hecho que se ocupan de la relación criminal que puede configurarse entre servidores públicos y entre estos con quienes no ostentan dicha condición y sus acciones orientadas hacia la materialización de los intereses que cualquiera de las dos partes albergue respecto de la otra, por medios no lícitos que apelan a la posición que los primeros tienen al interior de la organización estatal. En la gama de conductas cuya persecución penal se ordena, la gravedad de cada una de ellas varía al ser un concepto relacional que solo es posible determinar una vez se han identificado sus verdaderos efectos y alcances, las circunstancias bajo las cuales tuvo lugar, el valor que socialmente se les confiere y la necesidad de su persecución penal.

Esto amerita, a su vez, un análisis integral de las circunstancias que rodearon la conducta punible del servidor público, en qué consistió, quién fue su “contraparte”, cuál es el peso de la influencia o provocación ejercida sobre él y, aún más importante, qué se pretende o busca con la distorsión de la función pública y el desconocimiento de los principios que la rigen por parte de su titular.

⁴ Sobre este último punto, se debe aclarar que la corrupción como práctica, no surgió en la historia colombiana reciente. Por el contrario, bastaría en principio con remontarse a las legislaciones penales precedentes a la actual, o a otras fuentes, para confirmar que la misma ha sido perseguida y sancionada en sus múltiples formas, bajo lecturas históricas diferentes.

Un valioso insumo sobre la materia se encuentra en la obra “Delitos contra la Administración Pública” de Carlos Mario Molina Arrubla, quien juiciosamente realiza un estudio de los antecedentes de la ley 599 de 2000 en lo que atañe a las diferentes técnicas legislativas utilizadas para la persecución de las conductas que atentan contra la Administración Pública.

La necesidad de este análisis se debe a que varios de los comportamientos contenidos en el título mencionado no lesionan exclusivamente al bien jurídico protegido. La mayoría de las veces desencadenan una serie de efectos que no necesariamente se reducen al espectro de la Administración Pública, sino que escapan de ella y terminan por afectar, directa o indirectamente, a sus asociados. De ahí que se discuta si el Estado es o no la única víctima de estos delitos.

La presente tesis tiene como objetivo dar respuesta a varios de esos interrogantes y plantear un grupo de situaciones en las que la comisión de un delito contra la Administración Pública supera los límites “normales” dentro de los que se suelen producir sus efectos, esto es, aquellas consecuencias con una incidencia directa en el bien jurídico protegido y que se pueden identificar a partir del objeto material de la norma.

Lo anterior se debe a que el entendimiento tradicional del bien jurídico en esta categoría de delitos suele limitarse a la integridad, imagen y confianza generada por la Administración en sus asociados, sin que sean estudiados con mayor detenimiento los efectos producidos sobre las relaciones internas y externas que aquella sostiene. Desde una perspectiva restrictiva de la antijuridicidad material se observa la conducta de las partes involucradas en su comisión, las implicaciones para estas y para el bien jurídico, mientras que las consideraciones hechas sobre las víctimas y sus consecuencias en sede de culpabilidad para el agente estatal son mínimas o inexistentes.

Tales elucubraciones no siempre son necesarias, especialmente, cuando las mismas no revisten la comisión de otra conducta punible o no constituyen per se una agravación del tipo penal en específico. Empero, cuando sí lo hacen es necesario estudiar las consecuencias poco exploradas de la comisión del delito susceptibles de ser identificadas e individualizadas y sus implicaciones en la responsabilidad penal del servidor público.

Por todo lo anterior, se propone la aplicación de este enfoque al estudio de los delitos contra la Administración Pública en aras de establecer la posible atribución de aquellos efectos, en principio inesperados, al sujeto calificado identificado. Para ello se delimitó el objeto de estudio a la comisión del delito de cohecho propio en un contexto específico: los procesos de licenciamiento ambiental de actividades económicas, industriales y proyectos de utilidad pública e interés social desarrollados por particulares que requieren de una

autorización administrativa para su diseño, implementación y ejecución, debido al alto nivel de injerencia y riesgo que comportan para los componentes sociales, ambientales, económicos y culturales de las poblaciones.

El objetivo es ofrecer una explicación dogmática de la conducta punible del servidor público en la comisión del cohecho propio durante el trámite administrativo señalado, junto a breves observaciones hechas sobre el comportamiento del particular, representante legal de la empresa solicitante del licenciamiento ambiental, a título del delito de cohecho por dar u ofrecer.

Además, se estudiará el posible concurso de otras dos conductas punibles con el cohecho propio, una de ellas de escasa concurrencia con este delito. En primer lugar, el prevaricato por acción en aquellos eventos en los que se profiere un acto administrativo contrario a la ley como lo es la licencia ambiental y, en segundo lugar, el desplazamiento forzado, posible efecto del trámite administrativo ambiental adelantado bajo condiciones de ilicitud.

¿Por qué el desplazamiento forzado? Con un modelo económico predominantemente neoliberal la explotación, uso o aprovechamiento de los recursos naturales han dado lugar a uno de los sectores más importantes de las economías de países con bajos niveles de tecnificación e industrialización, pero altamente ricos en materias primas, recursos naturales y minerales. Lo que en el ámbito de las ciencias políticas y económicas es conocido como la “reprimarización” de estas economías (Svampa, 2012, p.2), ha significado el privilegio de políticas extractivistas y planes de inversión que apuntan a la realización de grandes “proyectos de desarrollo” mediante la concesión de determinados beneficios por parte de los gobiernos de turno a los agentes privados interesados en promoverlos.

Este tema ha sido analizado en el marco del debate que suscita el enfrentamiento de la visión de desarrollo de un gobierno particular frente a la visión opuesta de diferentes grupos de la población al interior del territorio de un Estado que reivindican sus visiones como alternativas a dicho modelo. Más allá de los insumos que se puedan aportar a esta discusión, en la práctica se ha comprobado que la construcción, implementación y ejecución de estos proyectos suelen causar una serie de consecuencias sobre el territorio de las

poblaciones a las que les son impuestos debido a su alta injerencia en los derechos fundamentales de aquellas.

De ahí que el licenciamiento ambiental sea un insumo de naturaleza jurídica con la potencialidad de diseñar mecanismos e imponer obligaciones para la prevención, corrección y mitigación de afectaciones no autorizadas sobre los derechos en conflicto de los integrantes de estas comunidades y el medio ambiente per se.

Por estas razones, no es posible desconocer la importancia de las funciones confiadas al servidor público durante el licenciamiento ambiental, puesto que, no sólo debe contar con el conocimiento y las facultades que le permitan un juicioso examen de las propuestas y solicitudes ante él elevadas, sino que, deberá ejercerlas en atención a los mandatos constitucionales y legales imperativos en cada caso. De no hacerlo y pasar del terreno de la culpa a aquél que domina la conducta dolosa, no sólo actuará en función de los intereses privados que lo gobiernen al momento de su comisión, sino que podría eventualmente hacerse responsable de consecuencias impensadas, pero no por ello imprevisibles para él como lo es el desplazamiento forzado de una población entera.

La existencia de límites y medidas admisibles para dichas injerencias, implica que todo aquello que escape a estos baremos y además carezca de justificación, por ser producto de la arbitrariedad y la corrupción aquí aludida, deberá ser perseguido y sancionado atendiendo a la magnitud de la gravedad de los efectos causados. Para explorar esta posibilidad, se proponen dos hipótesis:

- (i) El desplazamiento forzado como objeto de la licencia ambiental obtenida en connivencia.
- (ii) El desplazamiento forzado como efecto de la licencia ambiental obtenida en connivencia.

En ambos escenarios la corrupción es un presupuesto, pero sólo en uno de los dos se autoriza la causación del desplazamiento forzado de una población por parte de quien se hará con la licencia ambiental. En la otra se trata de un efecto no consentido por el instrumento administrativo pese a haber sido obtenido en iguales condiciones.

Para ello no bastará plantear la posibilidad de conformar un concurso real entre estos delitos de naturalezas disímiles. Deberá estudiarse si el dolo del servidor público, probado en los delitos de cohecho propio y prevaricato una vez ha emitido la resolución administrativa, se extiende al desplazamiento forzado en virtud de los conocimientos especiales atribuidos a su cargo y el ámbito en el que debe aplicarlos, con las consecuentes dificultades y críticas que esto supone en términos del principio de culpabilidad y del derecho penal de autor para concluir su responsabilidad penal.

Capítulo 1

Responsabilidad penal del servidor público por la comisión del delito de cohecho propio

En este capítulo se hará un análisis descriptivo y explicativo de dos temas relevantes para el estudio de la conducta del servidor público en el marco del proceso de licenciamiento ambiental de actividades económicas e industriales, base para la comprensión de las hipótesis de responsabilidad penal que serán planteadas y desarrolladas posteriormente.

En primer lugar, se introducirá el objeto de protección del derecho penal en los delitos contra la Administración Pública, su desarrollo en la doctrina y jurisprudencia doméstica o comparada, sus críticas y la perspectiva adoptada para el desarrollo del presente trabajo (I).

En segundo lugar, se realizará un breve recuento sobre el tratamiento dogmático del delito de cohecho propio y algunos comentarios sobre el cohecho por dar u ofrecer el cual no será objeto principal de esta tesis, con base en los artículos 405 y 407 del Código Penal colombiano (II).

I. La Administración Pública como objeto difuso de protección del ordenamiento jurídico colombiano

El ordenamiento jurídico colombiano cuenta con varias fuentes normativas que, bajo una lectura sistémica, integran el régimen jurídico de la Administración Pública, transversal a diferentes ramas del derecho y de una alta complejidad dado el “tamaño” del Estado del que se ocupa. Tal complejidad acarrea sendas dificultades, una de las cuales es posible ubicar en el derecho penal en el cual se evidencia una confusión, con importantes consecuencias jurídicas, entre varios de los elementos normativos de los que se vale para la tipificación de determinadas acciones u omisiones.

En un derecho penal basado en la protección de bienes jurídicos se asumió la defensa de la Administración Pública como uno de ellos mediante la criminalización de varias conductas a lo largo de la evolución de esta legislación. Pese a su importancia como bien

jurídico, diferente a otros bienes de naturaleza individual o subjetiva⁵ y forma de organización establecida para el normal funcionamiento de un Estado, han resultado ser problemáticas su definición y delimitación debido a su carácter abstracto y difuso. Constantemente ha sido equiparada con la función pública y, en una versión más restringida, ha sido definida como función administrativa en atención a algunas referencias legales existentes que la entienden integrada exclusivamente por los organismos de la rama ejecutiva.⁶

Privilegiar dicha perspectiva restrictiva, empobrecería el ámbito de protección ofrecido por la norma penal al aceptar que sólo quienes hacen parte de la rama ejecutiva o están estrechamente ligados a ella podrían cometer los delitos contenidos en el Título XV de la Ley 599 del 2000. Esto, además, excluiría a dos de las ramas del poder público del amparo penal⁷ y limitaría su protección a otra clase de conductas fuera de las contenidas en este título.⁸

De forma que es útil diferenciar la Administración de la función pública y determinar por qué estas dos nociones no pueden ser reducidas en términos de la función administrativa.

Para ello, los fundamentos constitucionales son de obligatoria consulta. El artículo 1⁹ de la Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un Estado social de derecho y una República unitaria y descentralizada que reconoce autonomía a sus entidades

⁵ La Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 19 de mayo de 1999, con ponencia del Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego, afirmó que la Administración Pública es un interés funcional o institucional que, en principio está al servicio de bienes jurídicos individuales para su realización, pero que cuenta con una autonomía en cuanto a la protección que les es dada.

⁶ Ley 489 de 1998, artículo 39 “Integración de la Administración Pública”.

⁷ Esta opinión se encuentra también en Molina Arrubla, para quien las conductas tipificadas en la Ley 599 del 2000 como delitos contra la Administración Pública, son susceptibles de ser cometidas incluso, por quienes hacen parte de los Órganos Autónomos de Control de creación constitucional. Tomado de: Molina, C. M. (2003). Delitos contra la Administración Pública. Conforme con el Nuevo Código Penal. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Lo cual, a juicio de la autora de este trabajo, no sólo se encuentra justificado con ocasión de la concepción amplia que de la Administración se debe tener, sino de la calidad de servidores públicos de quienes trabajan en ellos.

⁸ Como sucede con los delitos en contra de la “eficaz y recta impartición de justicia” que tienen un objeto material aún más definido en oposición a los delitos en contra de la Administración Pública.

⁹ “**ARTÍCULO 1o.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

territoriales. Esto comporta que, para la correcta articulación de las diferentes competencias y funciones existentes en cada uno de los niveles de la organización política estatal, se acuda a la utilización de instituciones del derecho administrativo como la descentralización territorial o por servicios, la desconcentración y la delegación de la función pública¹⁰, lo cual demanda una reglamentación exhaustiva cuyo resultado directo es el régimen general constitucional de responsabilidad de los servidores públicos, artículo 6¹¹, que se activa una vez se han excedido o contrariado las facultades regladas a ellos conferidas¹² y que da lugar a una eventual acción de repetición del Estado en contra de aquél de sus agentes que resulte condenado por causar un daño antijurídico, según el artículo 90¹³ del texto fundamental.

Por su parte la Ley 489 de 1998, principal fuente legal de la organización y funcionamiento de las entidades públicas en el orden nacional, en su artículo 2¹⁴ establece como ámbito de aplicación de sus disposiciones a la Administración Pública y la Rama

¹⁰ Así lo ha entendido la Corte Constitucional al afirmar que *"La formulación del Estado colombiano como "una República unitaria, descentralizada, con autonomía en sus entidades territoriales" tiene un valor central dentro de la estructura política trazada a partir de la expedición de la Constitución de 1991. Se trata de una fórmula que expresa, (i.) tanto la composición técnica del tipo de régimen administrativo que se ha acogido, entre nosotros, para lograr las finalidades que el ordenamiento Superior y la ley, le imponen al Estado, como (ii.) el conjunto de mecanismos y herramientas jurídicas a través de los cuales se concreta el servicio a la comunidad y la promoción de la prosperidad general -v.gr. la delegación y la desconcentración".* En sentencia C-244 de 2001, MP: Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ **"ARTÍCULO 6o.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

¹² En lo que tiene que ver con los fundamentos constitucionales sobre los cuales se debe hacer el estudio propuesto, Jaime Lombana afirma que incluso el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política es uno de los que resulta mayormente afectado por la corrupción, pues se desconoce que todos los ciudadanos deben ser acreedores del mismo trato por parte de las autoridades al darse "la desviación de intereses y el quebrantamiento de la imparcialidad de la Administración Pública en el trato a los ciudadanos". Tomado de: Lombana, J. (2014). Corrupción, Cohecho y Tráfico de Influencias en España y Colombia. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

¹³ **ARTÍCULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

¹⁴ **"ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas."

Ejecutiva. Adicionalmente, el artículo 3¹⁵ enuncia los principios de la función administrativa vigentes para ambas, mientras que en el artículo 39¹⁶ señala que son los organismos de dicha rama los que integrarían exclusivamente a la Administración.

Esto parece sugerir que parte de la confusión se debe a una inadecuada técnica legislativa que ha utilizado en algunas oportunidades estas tres categorías como sinónimos intercambiables sin que lo sean, mientras que en otras las ha diferenciado arbitrariamente. Sin una previa aproximación a la materia, de la lectura de estas disposiciones no es dable definir conceptos del derecho administrativo¹⁷ y aplicarlos inequívocamente en el plano penal en consonancia con los fines perseguidos en él. De ahí que sea importante dar claridad a esta discusión.

a) ¿Qué debe entenderse por Administración Pública, función pública y función administrativa?

Tentativamente podría decirse que la Administración alude a la organización de los poderes públicos como contenedora de ellos. La función pública se ocupa del ejercicio y materialización de las competencias y funciones específicas atribuidas a los titulares de cada uno de estos y la función administrativa se circunscribe al alcance exclusivo de la rama ejecutiva. Pero, como se verá a continuación, no es posible hacer una separación absoluta de estas categorías, dada la interdependencia que entre ellas existe.

La literatura penal autorizada, en su intento de atribuir la condición de bien jurídico a la Administración Pública, la ha definido como el normal y ordinario desarrollo de la

¹⁵“**ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.** La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.”

¹⁶“**ARTÍCULO 39. INTEGRACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.”

¹⁷ En el estudio del derecho administrativo, muchos han sido los autores que han optado por diseñar una suerte de criterios, hoy consolidados, como el formal, material e instrumental, subjetivos u objetivos que permitan identificar aquellas actividades que desarrolla la Administración, esta vez sí limitada a la rama ejecutiva. Esto puede ser objeto de consulta en la mayoría de manuales de derecho administrativo, en su parte general. Un ejemplo de ello se puede ver en: Blanquer, D. (2010). Derecho Administrativo. V.1. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, en el que se estudian los sujetos, la actividad y los principios de esta rama.

función de los órganos estatales dentro de las tres ramas del poder público (como se cita en Martínez, 2002, p.36).

Martínez (2002), indica que la expresión actual contenida en el Código Penal colombiano fue adoptada tras haberse descartado por la Comisión Redactora del Código Penal de 1936, términos más limitados como los de “hacienda o cosa pública” relacionados con un aspecto predominantemente patrimonial.

Entre las definiciones más completas por superar la noción estática inexorablemente asociada con la estructura burocrática estatal¹⁸ está aquella aportada por el Profesor Luis Carlos Pérez (1978) para quien la Administración no debe ser reducida a la sola existencia de sus entes, sino a la actividad funcional que éstos desarrollan para cumplir los fines del Estado en el marco de sus tres funciones fundamentales¹⁹: legislativa, jurisdiccional, la actividad puramente administrativa y las demás tareas relacionadas con ellas (Molina, 2003).

Lo que permite sostener que la Administración y la función pública²⁰ están inescindiblemente ligadas, al ser la segunda una materialización de la primera que, a su vez, la crea y diseña para asegurar la satisfacción de los fines que se propone mediante su ejercicio. Tanto su estructura general como las funciones que se desempeñan en su interior, deben ser analizadas teleológicamente hacia la satisfacción de los fines enunciados en el

¹⁸ Molina Arrubla sostiene que el enfoque material-estático de la Administración Pública, objeto de la tutela penal, deberá ser estudiado bajo el título XVII, correspondiente a los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y los delitos contra el régimen constitucional y legal del título XVIII de la Ley 599 de 2000. Tomado de: Molina, C. M. (2003). Delitos contra la Administración Pública. Conforme con el Nuevo Código Penal. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

¹⁹ Actualmente se acepta que las gestiones, funciones, competencias y servicios públicos, legalmente atribuidos a cada uno de los poderes públicos, pueden ser asumidas en su totalidad por el Estado o compartidas en su ejercicio, más no en su titularidad, con particulares que las desempeñen permanente o transitoriamente, por medio de la activación de “potestades imperativas, reglamentarias, ejecutivas, sancionadoras y jurisdiccionales”. Pérez, L.C. (1978). Tratado de derecho penal. Tomo III, Segunda edición reelaborada. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda. P.185

²⁰ Esta postura puede ser consultada en la sentencia de la Corte Constitucional C – 563 de 1998 del MP: Carlos Gaviria Díaz, que diferencia las nociones amplia y restringida de la función pública. En referencia a la primera, la definió como el “conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”, mientras que a la segunda la describió como el “conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento.”

artículo 2²¹ constitucional, tales como el servicio a la comunidad, la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, el mantenimiento de la integridad territorial y la vigencia de un orden justo, entre otros más.

Por su parte, la función administrativa como especie integrante de la función pública, también orientada al cumplimiento de estos fines, cuenta con la particularidad de ser ejercida por la rama ejecutiva como su titular principal, sin perjuicio de que las otras dos ramas cuenten con funciones de naturaleza similar y complementaria a aquellas que son de la esencia de cada una y en virtud de la sinergia que deben mantener entre sí.

Por estas razones, es posible pensar que parte de la dificultad en la identificación de los rasgos diferenciadores de estos tres conceptos se debe a que en el caso específico de la función administrativa ha intentado equiparársela con la función pública, como género, al tiempo que ha absorbido la noción de Administración que la contiene por una equivalencia aún más peligrosa que se ha querido plantear entre Estado y poder ejecutivo.

Esto puede confirmarse en el texto de normas como el artículo 209²² constitucional que establece un conjunto de principios rectores de esta actividad, los cuales también pueden ser predicados de las funciones legislativa y judicial, descartando la naturaleza excluyente que presuntamente habría tratado de darle el constituyente.²³

Todo lo anterior impone considerar que una diferenciación y delimitación absoluta de estas nociones no es posible o necesaria. No obstante, tampoco resulta lógico otorgar más peso a una de las tres funciones públicas en detrimento de la importancia del análisis de las demás, pues se debe propender por el entendimiento complementario de cada una de ellas.

²¹ Léase: Corte Constitucional, Sentencia T-763 de 2005. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C- 452 de 2016. MP: Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C -017 de 2018. MP: Diana Fajardo Rivera, como providencias que conceptualizan la función pública.

²² “**ARTÍCULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Administración Pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

²³ A diferencia de otras figuras que, en principio, encuentran su origen y principales desarrollos en el derecho administrativo con un énfasis marcado en la rama ejecutiva, como la mencionada descentralización por servicios o territorial.

El punto de partida es la Administración Pública que posibilita contar con un andamiaje de instituciones, órganos y organismos en los que se lleva a cabo la función pública en sus tres principales especies, con base en una previa división y reglamentación de sus competencias que en su totalidad aseguran la pervivencia del Estado.

b) ¿Cuál es la protección buscada a través del derecho penal?

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) se ha entendido de múltiples formas el objeto jurídico de protección discutido. En algunos casos se ha establecido que “la salvaguarda apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en su comunidad” (CSJ, 1999, p.691). En otros, se parte de las definiciones arriba dadas para enfatizar en el interés jurídico como el “conjunto de condiciones materiales que se expresan a manera de principios en el artículo 209 de la Constitución y que definen los rasgos fundamentales de la función y de la ética pública” (CSJ, 2018, p.15)

No obstante, ¿cuál postura satisface los fines del derecho penal como *ultima ratio*? Aquello que debe evitarse con la comisión de estas conductas es la producción de daños como consecuencia de la materialización de amenazas o lesiones sobre los derechos y garantías de la ciudadanía, negados con la afectación de los diferentes ámbitos, principalmente el funcional, de la Administración Pública.

Sin embargo, pareciera que un sector de la doctrina insiste en que la extensión de la protección cobije otros aspectos como, por ejemplo, “la buena imagen de la administración” y la confianza que en ella deben depositar los asociados al verla como una totalidad que conserva y protege su decoro, irreprochabilidad y se entiende inmaculada.²⁴ Se ha afirmado incluso que “la conducta antiética generalizada de servidores públicos, causa grave deterioro a la credibilidad ciudadana frente a las instituciones del Estado” (Martínez, 2002, p.40), lo que atentaría contra determinados “imperativos éticos” del espectro público identificados por la CSJ (2018).

²⁴ Véase las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación Penal. Sentencia del 03 de diciembre de 1999. MP: Jorge Aníbal Gallego; Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de enero de 2001; Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de noviembre de 2002; Sala de Casación Penal. Sentencia del 01 de noviembre de 2017. MP: Eyder Patiño Cabrera;

Si bien lo anterior se compadece con la realidad del clima político colombiano, no deja de generar dudas sobre el verdadero fin subyacente a la criminalización de estos “ataques”. Si acaso, esta se limita a normativizar la máxima relatada por Plutarco al afirmar que la mujer del César no sólo debe ser honesta sino también parecerlo o si, por el contrario, protege valores, principios o relaciones materiales de mayor importancia que la conferida al “honor” de la Administración.²⁵

Nada de lo dicho tiene por propósito subestimar la relevancia de un ambiente de confianza y seguridad ciudadana de cara a la institucionalidad. Es claro que una imagen positiva de la Administración asegura que se acuda a ella cada vez que sea necesario y se le conceda la legitimidad²⁶ requerida en sus actuaciones y decisiones, aumentando así la eficacia de las mismas. Empero, hay mayor razón en el repudio y sanción de las conductas que, por el daño perpetrado en la funcionalidad de la organización pública, acarrearán otro tipo de perjuicios directos o indirectos en sus relaciones internas o en las que mantiene con los ciudadanos.

Se rechaza una función simbólica del derecho penal que persiga la realización de una determinada ética a partir de la consagración de disposiciones normativas en ese sentido.

Sólo se puede atribuir la calidad de delitos a comportamientos susceptibles de lesionar o poner en peligro los derechos de los demás. La lesión o puesta en peligro de un derecho ajeno es lo que lo habilita para intervenir con la finalidad de evitar comportamientos similares y penas arbitrarias. (Urbano, 2011, p.23)

La protección del “bien jurídico de la Administración Pública (...) sólo se justifica en la medida que esté al servicio de la persona” (Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2004, p.45). Por tal razón, debería reconocerse la naturaleza mediata de este bien jurídico respecto

²⁵ Lombana, Óp. Cit., p.179. En el derecho penal moderno español la existencia de delitos como el cohecho encontraba razón en la imposibilidad de proteger a la Administración, “íntegra y pura”, si se autorizaba la recepción de toda clase de ofrecimientos a los funcionarios públicos.

²⁶ Situación que ha sido objeto de estudio respecto de corporaciones tan importantes como la Corte Constitucional al interior del Estado colombiano En: Henao, J.C., y Zárate, A.R. Corrupción en Colombia (2018): Carvajal Sánchez, B. y Robles Ustáriz, A. Corrupción, Estado e Instrumentos Jurídicos. Tomo 4. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Pp. 101-154.

de otros. No obstante, la Corte Constitucional (C. Const.) ha ido más allá al atribuirle también la condición de derecho al afirmar que:

La función pública nada tenga de oculto, sino al contrario, ha de ser transparente, esto es, que los actos del Estado se ajusten de manera estricta a la legalidad, que puedan ser sometidos al examen o escrutinio público, lo cual excluye de suyo que la Administración Pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley. (C. Const., 2003, p.10)

Con esto se puede concluir que de la naturaleza bipartita del bien jurídico en cuestión, no sólo se puede extraer la esfera específica²⁷ de la Administración afectada por la comisión de los delitos en su contra, sino que además se pueden identificar las consecuencias causadas con relación a los bienes en cabeza de la ciudadanía o de sujetos específicos en ella.

En lo que atañe a las consecuencias, podría entonces formularse la siguiente pregunta respecto del delito de cohecho propio que será tratado a continuación: ¿Cómo la “compraventa” de la función pública puede causar un perjuicio a un asociado o a un grupo poblacional en específico? ¿Es posible acaso establecer un nexo causal entre la comisión de uno de estos delitos y las consecuencias de orden material que se producen sobre un tercero cuando éstas tienen, en principio, un carácter difuso o difícil de individualizar?²⁸

Teniendo en cuenta que de emprenderse un análisis de este tipo podría enriquecerse el examen de la responsabilidad penal de estos delitos, agotado en las discusiones arriba referidas al bien jurídico y que subestima o ignora las posibles lesiones o puestas en peligro adicionales causadas de igual o mayor gravedad respecto de otros bienes jurídicos que

²⁷ En cuanto a la esfera mencionada, son tres las aristas susceptibles de ser lesionadas en estos casos: los bienes del erario, la función pública en sí o la integridad de los servidores públicos, cuandoquiera que los atentados se materializan en ella. Molina, C.M. Óp. Cit. (2003), pp.23-24. A estas, otros autores agregan: el correcto funcionamiento de la Administración Pública y el instituto jurídico, entendido como la utilización desviada de las herramientas jurídicas y disposiciones normativas en contrariedad al interés general. Gómez Méndez, A., y Gómez Pavajeau, C.A. (2004). Delitos contra la Administración Pública. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. pp.61-66.

²⁸ De responderse afirmativamente estos interrogantes, el Estado conservaría su calidad de sujeto pasivo del delito, pero compartiría la condición de perjudicado en el proceso penal con los terceros a quienes se les reconozca el derecho de constituirse como víctimas, tras haberse acreditado como tales, e intervenir con posterioridad en el incidente de reparación integral para la compensación de los perjuicios que hayan sufrido, de conformidad con el Capítulo IV del Título II del Código de Procedimiento Penal. Molina, C.M. Óp. Cit., p.59.

podrían dar lugar a la existencia de un concurso real con otras conductas delictivas. De aceptar que más allá de la calidad de derecho, la Administración es un objeto material jurídico cuyas lesiones o amenazas se traducen, a su vez, en otras sobre derechos subjetivos particulares, el examen de la gravedad de estas conductas o de su antijuridicidad será de una complejidad mayor en algunos casos.

Finalmente, uno de los asuntos a resolver en la conclusión de esta tesis se cernirá sobre el fin de la pena en los casos propuestos. ¿Acaso persigue la prevención general respecto de un grupo concreto como el de los servidores públicos? O ¿está más cerca de la prevención general fundamentadora, al abandonar la noción tradicional del bien jurídico para reemplazarla con la pretensión de “estabilizar e institucionalizar expectativas sociales” en las normas que regulan la Administración Pública como un todo? (Ruíz, 2011, p.37)

II. La “compraventa de la función pública”

En este acápite se presentarán las principales consideraciones históricas y dogmáticas que en torno al delito de cohecho y una de sus variables se han hecho. Para ello se partirá del tipo penal base contenido en el artículo 405 de la Ley 599 de 2000 y se analizará el cohecho por dar u ofrecer, artículo 407, como una de las modalidades relevantes para este análisis.

a) El cohecho: “Servir a Roma es un honor suficiente”.²⁹

Popularmente, el cohecho ha sido ilustrado como la “compraventa de la función pública”³⁰, debido al pago que se hace por ella pese a que no debe acarrear gastos para el ciudadano más allá de los inherentes a su operación.

Al comportar la negociación ilegal del objeto y contenido de la función con el encargado de ejecutarla se desconoce que el servidor público, bajo la fórmula constitucional del Estado social de derecho, carece de las facultades requeridas para trastocar o modificar de quién recibe su emolumento, conforme a su arbitrio o discreción. También se ignora que

²⁹ Expresión tomada de la exposición de los antecedentes históricos del cohecho realizada por Francisco Ferreira, en alusión a la nobleza del acto de servir al Estado romano por la ausencia de una contraprestación. Ver: Ferreira, F.J. (1982). Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático de los títulos III y IV del Decreto-Ley 100 de 1980. Bogotá, Colombia; Editorial Temis.

³⁰ Se debe tener en cuenta que el objeto del trabajo se centra en el estudio de la corrupción en el ámbito público, pese a que la misma pueda presentarse en esferas privadas.

le es vedado acumular beneficios con ocasión de sus funciones cuando su fuente no esté expresamente autorizada por el ordenamiento jurídico que lo gobierna, esto es, sin satisfacción del principio de legalidad del gasto público.

En los antecedentes históricos de esta figura, el origen de los delitos de cohecho y de concusión ha sido asociado exclusivamente con el “*crimen repetundarum*” que “entre los romanos, se originó en la acción otorgada para obtener la repetición de lo que ilegalmente se hubiera hecho pagar o sencillamente de lo percibido por ciertos funcionarios que debían desempeñar sus funciones gratuitamente”³¹ (Molina, 2003, p.253).

Sin embargo, en el marco de una sociedad que no reconocía retribución alguna a sus altos funcionarios, más allá del honor que el solo ejercicio de la función pública les generaba, uno de los primeros antecedentes fue la *Ley Cincia* que anuló todas las donaciones entre quienes no eran parientes, por no ser provenientes de la estima y tener relación con los servicios profesionales prestados por abogados y funcionarios públicos, al tiempo que confirió la facultad sancionatoria por esta causa al pretor (Ferreira, 1982).³²

A su vez, la importancia de la *Ley Repetundarum* radicó en la calificación como delito público de “la recepción de regalos o cohechos, como la extorsión que el magistrado de provincia cumple sobre sus súbditos”, negada por las otras leyes. Producto de la confusión ínsita en esta ley que no distinguió el cohecho de la concusión, la sanción para ambos era el “*repetere* de hasta el doble de lo extorsionado” (Ferreira, 1982, p.99)³³.

³¹ Sobre este punto, la acción *repetundarum* era comprensiva de diferentes conductas que hoy en día están plenamente diferenciadas como delitos en contra de la Administración. Esto podría confirmarse con las Doce Tablas en las que se solo se ordenaba la pena capital para los jueces corruptos. Ver: Pérez, L.C. (1978). Tratado de derecho penal. Tomo III, Segunda edición reelaborada. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda. P.273.

³² Adicionalmente, la Ley Calpurnia dio lugar a un procedimiento criminal cuya creación se asocia a un grave caso de corrupción cometido por un magistrado romano de la época, modificado por cuenta de la Ley Acilia, en el que las penas fueron reemplazadas por indemnizaciones que, en el caso particular de la corrupción, consistían en una condena al pago del doble de lo recibido por parte del funcionario implicado. Ferreira, F.J. Óp. Cit. pp.98-99.

³³ En cuanto al análisis de las fuentes históricas del derecho romano, existe una disparidad de criterios entre Mommsen y Carmignani, quienes atribuyen contenidos diferentes a las leyes aquí mencionadas. Ver: Mommsen, T. (1976) Derecho Penal Romano. Libro cuarto: De los delitos en particular. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda. P.352; Carmignani, G. (1979) Elementos de Derecho Criminal. Libro tercero: De los delitos y las penas en particular. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda. P.338.

En el derecho canónico, si bien se reprochaba la conducta del juez que recibía beneficios en virtud de las decisiones que profería, la misma no era constitutiva de delito. Situación diferente a la consagrada en las *Siete Partidas*, en las que eran sancionados severamente los actos de corruptos y prevaricadores (Pérez, 1978).

En la actualidad, la corrupción como fenómeno aparentemente unitario es a menudo perseguido en las legislaciones internas de diferentes Estados. Por ejemplo, Colombia y España comparten el *nomen iuris* para denotar situaciones similares que, pese a las particularidades de cada cultura jurídica, comparten los principales rasgos en su estudio dogmático.

Esto ha hecho que el cohecho sea conocido, vulgarmente, como el simple soborno. Al ser la clase más frecuente de corrupción, más no la única, su asociación con la “compraventa” se debe a la raíz italiana “*baratto*” que alude al trueque entre justicia y beneficios económicos (Molina, 2003). Mientras que, en el plano estrictamente etimológico, la palabra cohecho deviene del latín *confectare*, metafóricamente utilizado para hacer referencia al acto de “preparar o arreglar a la autoridad mediante pago, para obtener de aquella, algún beneficio (...) o sea comprar la conciencia o la función del servidor público” (Martínez, 2002, p.67).

Causa curiosidad que un vocablo cuyo uso deviene de una perspectiva coloquial rural sobre la acumulación de riqueza a través de la siembra y la cosecha, se haya transformado para significar fenómenos de injusticia e inequidad social más profundos. Puesto que, la fortuna de algunos les asegura el favor político o judicial buscado, siendo esto una injusticia³⁴ que “hiere más hondamente a quienes carecen de ventajas materiales para adquirirla, o por lo menos para presentarse y actuar en la almoneda” (Pérez, 1978, p.271).

³⁴ Este delito consiste en “la venta que de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, le hace un funcionario público a una persona privada”. Así mismo, ratificó la necesidad de sanciones más severas respecto de otras conductas como el abuso de autoridad al ser “más difundible el daño mediato, pues ante un magistrado que, por odio o venganza, se excede en contra de un enemigo, tendrán poco motivo para temer los ciudadanos que saben no haberle dado causa de antipatía o que esperan no excitar su malevolencia; pero ante el magistrado que vende sus favores a todo el que se los pague, no hay ciudadano que pueda estar seguro de obtener justicia y que no tema algún atropello al tener por contendiente a un adversario poderoso y de conciencia indelicada”. F. Carrara. (1961). Programa de Derecho Criminal, Parte Especial – Volumen 5, Tomo VII. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda. Pp. 91-94.

Postura similar a la de quienes sostienen que, como práctica, el delito ha surgido de costumbres nocivas y bastante arraigadas en la sociedad colombiana. Bernal Pinzón reprocha la “largueza” a la hora de pagar determinados servicios prestados por autoridades públicas por parte de algunos profesionales³⁵ y cuestiona otras conductas “normalizadas” constitutivas de cohecho.

La costumbre ilícita que se ha implantado, felizmente no en los organismos jurisdiccionales, sino, más que todo, en aquellos de orden administrativo, de pagar para que el asunto que se tramita en esas oficinas “salga rápido” o “se mueva”, o no lo pongan a “hacer cola” (Bernal Pinzón, 1991, p.113).

Por el contrario, autores como Pessina (como se cita en Maggiore, 1955), critican la definición predominante de corrupción, por comprender tan solo una de las tipologías existentes y dejar por fuera aquellas conductas que se dan sin pacto previo. Por ejemplo, cuando los sentimientos del juez o autoridad afectan su imparcialidad, sin que la parte beneficiada por esto lo haya buscado o provocado de manera alguna.

Discusiones que han dado lugar a una clasificación de los tipos de corrupción que, en el contexto público, guardan relación con el poder afectado directamente. Una será la corrupción administrativa, otra la judicial y una muy diferente la política que pese a compartir causas³⁶ y patrones, tienen rasgos particulares. Además, no todos estos criterios son seguidos por la legislación penal en la clasificación de los delitos que conoce.

³⁵ Como el pago excesivamente “generoso” de copias o desgloses de documentos pertenecientes a un expediente. Ver: Bernal, P. J. (1991). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

³⁶ Se hablar de la notoriedad mayor de algunas de las causas de la corrupción. Ejemplo de ellas son: los defectos en el modelo de distribución del poder entre los diferentes niveles de un Estado, contextos de inestabilidad política, marcos institucionales débiles por causa de sus diseños, incentivos perversos que se desprenden de normatividades ineficientes e inadecuadas, la reincidencia de los sujetos activos y un deficiente enjuiciamiento de estos actos, que promueven la idea conforme a la cual “la corrupción es un oficio que va más allá del mero aprovechamiento de la ocasión” practicado por individuos que parecen profesionales y “tienen la corrupción como oficio”. Alfonso, O.A. (2018). El oficio del corrupto y el detrimento al erario en el modelo territorial de Estado centralista- clientelista colombiano. En Henao, J.C., y Zárate, A.R. Corrupción en Colombia: Corrupción, Estado e Instrumentos Jurídicos. Tomo 4. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. P.307.

El derecho penal se limita a identificar el ámbito concreto afectado por el ilícito, el sujeto activo calificado involucrado y los elementos normativos y extra-normativos requeridos para la activación del poder punitivo estatal o para descartarlo definitivamente. La consideración de cómo solucionar las causas de la corrupción ocupa a la política criminal que se nutre y conforma a partir de otras políticas públicas de variada naturaleza que las atacan directamente. Es claro que se trata de un tema que involucra múltiples sectores de la vida de un Estado que no puede dejarse al arbitrio y decisión exclusivas de la instancia judicial. Por estas razones, el siguiente apartado se centrará en los elementos constitutivos de los tipos penales escogidos, la doctrina concertada en torno a ellos y sus discusiones más relevantes.

b) El delito de cohecho propio. Análisis del tipo penal y sus elementos para la configuración de la conducta punible.

En la actual legislación penal, este delito se encuentra tipificado en el artículo 405 del capítulo III del Título XV de la Ley 599 de 2000, bajo el siguiente tenor:

ARTÍCULO 405. COHECHO PROPIO. El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

En cuanto a su definición, la CSJ ha recalcado lo reprochable de su comisión al considerarlo un “sinónimo de descomposición social”. Pero, más allá del reclamo moral que se le hace al servidor público culpable, esta Corporación ha tratado de representarlo como una muestra indefectible de corrupción o “baratería”.

Este último porque el funcionario se engaña a sí mismo al dar algo inestimable (la función pública) por cosa de menor valor (el dinero, la promesa remuneratoria). (...) Sus dos formas principales, en clasificación que exhibe notorio fundamento y acierto,

son el cohecho propio depravado y el cohecho simple o impropio. El primero representa un pacto mediante el cual, por dinero, dádiva o promesa remuneratoria, se omite, retarda el acto que está obligado a ejecutarse o se realiza de modo contrario a sus deberes oficiales; hay evidentemente, una disconformidad con la ley en cuanto al ejercicio de una función. El segundo, que supone el mismo acuerdo y la misma relación causal entre retribución y acto, exige que éste sea justo y conforme a los deberes del cargo. (CSJ, 1976, p.489)

De forma que siempre que se pacte el pago por una función pública gratuita o se retribuya en exceso, pese a ser onerosa, se incurrirá en esta conducta cuya adecuación típica variará conforme a si existe o no una contrariedad con el contenido legal de la función, esto es, si el acuerdo pretende asegurar su cumplimiento o su desconocimiento.

i) Naturaleza del delito de cohecho propio.

Para determinar la naturaleza del punible, se debe partir del acuerdo intrínseco en su comisión entre quienes conforman la relación criminal. Este acuerdo deviene de la naturaleza pluri-subjetiva del delito, debido a la concurrencia de dos voluntades sobre dos elementos esenciales de la conducta: el precio o utilidad que dará el corruptor (1) y el contenido, término o forma de ejecución de la función a cargo del servidor público (2).³⁷

El cohecho es un delito de peligro o mera conducta “que no requiere la recepción de la dádiva o el pago, sino con el mero acuerdo de voluntades se consuma tan grave conducta lesiva del bien jurídico de la Administración Pública” (Lombana, 2014, p.439). Lo que constituye una anticipación de la barrera punitiva, al no exigirse la materialización de un daño en el bien jurídico protegido para que haya lugar al reproche penal.

³⁷ En oposición al carácter pluri-subjetivo del delito, están los comportamientos mono-subjetivos en los que puede darse la intervención física de varios sujetos, pero no hay entre ellos una convergencia volitiva orientada hacia las acciones u omisiones que tienen lugar durante la comisión de un delito, a diferencia del cohecho que sí cuenta con dicha convergencia volitiva.

Por otra parte, la naturaleza pluripersonal de un delito se refiere a la intervención física de varias personas. Ver: Molina Arrubla, C.M. (2003). Delitos contra la Administración Pública. Conforme con el Nuevo Código Penal, Cuarta edición. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer. Pp. 259 -260.

Esta conducta ha sido caracterizada como un delito bilateral³⁸, dadas las particularidades del momento de su consumación que inciden en la posibilidad de que pueda ser susceptible o no de una tentativa.³⁹ De ahí que se persiga la conducta de ambas partes involucradas en su comisión, tal y como está dispuesto en el Código Penal colombiano actual en el que se castiga al servidor público y a quien lo corrompe, sea este un particular u otro servidor, bajo dos tipos penales diferentes cuyos verbos rectores necesariamente se implican entre sí.

Lo anterior, ha permitido que en la doctrina se hable de cohecho pasivo y activo.⁴⁰ El primero, consistente en la recepción de la dádiva, utilidad o promesa remuneratoria, mientras que el segundo, se traduce en el ofrecimiento o entrega de aquellas. Sobre el particular:

De aquel mismo modo que, en las relaciones de la coparticipación delictiva, las circunstancias subjetivas que excluyen la imputabilidad o la responsabilidad de uno de los cómplices no tienen efecto en relación a los otros copartícipes que no se encuentren en las mismas condiciones, así, y a mayor razón (tratándose de distintos títulos de crimen), la absolución o la fallida persecución del corrompido, no impide la condena o la persecución del corruptor y viceversa. Basta con que uno de los dos resulte imputable y responsable, mientras que el otro, también puede resultar inimputable o permanecer desconocido, sin que por eso deba excluirse a priori la posibilidad de la prueba del delito imputado al primero. (Manzini, 1935, p.165)

³⁸ Se debe aclarar que, para negar la tentativa en este delito, se debe sostener que su materialización se da solo con el acuerdo ilícito. No obstante, la Corte Constitucional en sentencia SU-489 de 2016 MP: Alberto Velásquez Echeverri, optó por afirmar que esta característica podía verse desvanecida siempre que sólo uno de los involucrados incurriera en las acciones tipificadas, *“por ejemplo, si una persona ofrece dinero a un funcionario de un ente de control para que no inicie una investigación en su contra, pero este último se niega a aceptar la oferta”*.

³⁹ Varios autores coinciden en afirmar que el cohecho no admite su modalidad tentada por tratarse de un delito instantáneo que se consume con el solo ofrecimiento o con la aceptación del dinero, utilidad o promesa remuneratoria, siempre que el pacto sea previo. Ver: Molina Arrubla, C.M. Óp. Cit. P.295; Gómez Méndez, A., y Gómez Pavajeau. Óp. Cit. C.A. (2004). P.280; Moreno Brand, W.A. (1987) Derecho Penal Especial. Cali, Colombia: Wilches Editores. P.108.

⁴⁰ “Según LISZT, el dar u ofrecer constituye el cohecho activo. El recibir o aceptar constituye el cohecho pasivo”. Ortiz, Rodríguez. A.O. (1987). Manual de Derecho Penal Especial – Tercera Edición. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín. Pp.94.

Con esto, Manzini pareciera sugerir que la bilateralidad del cohecho se evidencia en la necesidad de que haya un corruptor y un corrompido, dada la atipicidad y ausencia de sentido delictivo del comportamiento de quien se soborna a sí mismo⁴¹. Lo cual no implicaría que uno de los involucrados sea más o menos culpable que el otro, pues ambos convergen en el “contrato ilícito” (Maggiore, 1955, p.190). Sin embargo, tal interdependencia advertida entre ambas partes no se traslada al plano procesal, al no configurarse una suerte de coautoría respecto del cohecho propio. Por el contrario, las dos conductas constituyen tipos penales autónomos siendo el cohecho por dar u ofrecer uno de ellos. Esto hace plausible que el corruptor o el corrompido sean juzgados, con total indiferencia del destino de cada uno, pues la causa criminal en contra de una parte no afectará a la otra, salvo que sea para probar su existencia material en la acreditación del origen del dinero, utilidad o promesa remuneratoria o, en el caso contrario, su destino.

Luce innecesaria la propuesta doctrinal que insiste en diferenciar entre cohecho pasivo y activo. Es lógico que, si dos partes vierten sus voluntades en la comisión de una conducta delictiva, cada una pueda hacerlo a partir de acciones u omisiones igualmente punibles, aunque no todas lo sean bajo el mismo título.⁴² Basta con entender que tanto el servidor público que se deja corromper, como su igual o el particular que lo corrompe, responderán por un tipo penal diferente como sujetos activos de aquél que les sea imputable, en pie de igualdad.⁴³

⁴¹ Las hipótesis de auto-corrupción no habrán de ser confundidas con las de prevaricato, puesto que, en este último, no necesariamente existe la mediación de dádiva, utilidad o promesa remuneratoria del funcionario que a motu proprio profiere una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a derecho.

⁴² Esta es la opinión de Maggiore quien afirma que, “tiene poco valor la distinción que suele hacerse entre corrupción pasiva y corrupción activa, o sea entre dejarse corromper y corromper. En la corrupción, el funcionario público y el particular son ambos activos, y es inútil preguntarse en qué parte está la iniciativa”. Ver: Maggiore, G. (1955). Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III – Delitos en particular. Traducción de José J. Ortega Torres. Bogotá: Colombia. Editorial Temis. P.191.

⁴³ Para Pacheco “la escala penal se aumenta considerablemente si el responsable es un juez o magistrado del orden judicial o administrativo. La razón de esto se halla en la mayor trascendencia que suelen tener los actos relativos a las funciones de esos empleados, que pueden afectar intereses de mucha monta, por lo que hay que protegerlos especialmente haciendo más rigurosa la represión”. Ver: Pacheco, Osorio. P. (1959). Derecho Penal Especial - Tomo I. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda. P.189.

Posición que no es completamente compartida por la autora de este trabajo, por el contrario, podría llegar a argumentarse que la conducta del particular es determinante en la afectación del bien jurídico escogido por la norma penal. No obstante, la mayor punibilidad contemplada en el Código Penal colombiano para los servidores públicos se desprende de su condición de titulares de deberes de conducta especiales con ocasión de sus funciones.

No obstante, hay otras posturas que propenden por una agudeza mayor al establecer que no siempre el servidor pasa de un plano de inocencia total, a uno en el que es corrompido por un particular que ejerce a plenitud su libertad de acción. En ocasiones, la libertad del particular se ve restringida por el funcionario que hace depender el ejercicio de su cargo del beneficio que obtenga por el mismo (Maggiore, 1955, p.192).

Frente a esta crítica, se debe aclarar que en ningún momento la norma parece sugerir una responsabilidad penal disminuida del servidor público. Es diáfano que su culpabilidad parte de la falta o contrariedad a sus deberes oficiales. Si bien puede ser puesto a prueba por los ofrecimientos del corruptor, no existe sobre su capacidad de decisión restricción o constreñimiento alguno que lo haga víctima de estas circunstancias.⁴⁴ Si es el servidor público el que, en abuso de sus funciones, constriñe al particular o a un igual para obtener cualquier clase de provecho, la conducta a punir será la concusión y no el cohecho propio. Por otra parte, hablar de “cohecho pasivo” genera una suerte de confusión al, presuntamente, aludir a hipótesis de auto-corrupción como lo sostiene Bernal Pinzón (1991).

En cuanto al cohecho propio como delito especial, esta categoría en principio limita la comisión del delito a quienes no son “extraños” de un determinado instituto jurídico protegido. La configuración del ilícito bajo un “modelo conceptual simple”⁴⁵, elaborado por la doctrina jurídico-penal, se hace depender de las calidades específicas de quien está llamado a ser su autor que de no cumplirlas, pese a realizar materialmente la conducta, solo puede intervenir delictivamente en ella como partícipe. Contrario al modelo conceptual “complejo” en el que no se hace una delimitación del círculo de posibles autores de la conducta, sino que

⁴⁴ Ortiz afirma que el corruptor “excita o incita” al servidor público con los ofrecimientos que le hace. No obstante, esta comprensión de la dinámica que se da entre ambas partes del delito, parece hacerse depender de las reacciones instintivas de estas. Lo cual, a su vez, es problemático si se apela a la imposibilidad de resistirse del servidor público, dada la magnitud de la oferta que se le presenta. Por tales motivos, se rechazan las explicaciones basadas en los efectos y la naturaleza de los ofrecimientos. De aceptarlás, debería considerarse la inimputabilidad del servidor público dada su incapacidad de auto-determinarse en un sentido contrario al de la provocación de la cual es sujeto. Ortiz, Rodríguez. Óp. Cit. p.93.

⁴⁵ Por las expresiones “modelo conceptual simple” y “modelo conceptual complejo”, deberá entenderse la agrupación de un conjunto de definiciones bajo la perspectiva de la calidad del autor o la existencia de un fundamento que justifique la aceptación de una categoría de delitos especiales. Ver: Gómez, Martín. V. (2003). Los delitos especiales. (Tesis de doctorado). Universidad de Barcelona. Barcelona, España.

opta por identificar el fundamento de la existencia de un conjunto especial de comportamientos delictivos. (Gómez Martín, 2003).

La división hecha entre delitos propios y comunes cuenta con antecedentes al interior del derecho alemán común y su legislación clásica. Los delitos propios eran cometidos por funcionarios que infringían sus deberes especiales, vistos como deberes de servicio asumidos e impuestos a estos sujetos (como se cita en Gómez Martín, 2003).⁴⁶ En cuanto al grupo de delitos contra la Administración Pública, la discusión ha sido pacífica en torno a la aplicación de esta división. Sin embargo, frente a otras categorías de delitos no se ha resuelto el problema de fundamentación de esta creación doctrinal.

El modelo “complejo” y las definiciones que agrupa⁴⁷ pretenden la incorporación del fundamento en la definición del delito especial. Hace parte de este grupo Roxin (1997)⁴⁸, al afirmar que los delitos especiales consisten en la infracción de deberes extrapenales⁴⁹ por parte de sus titulares, de manera que propone su calificación como “delitos de infracción de deber” en los que la “autoría fundamenta la pena” (Roxin, 1997, p.338). Concepción fuertemente criticada, debido a la naturaleza infinita de los deberes extrapenales y la imposibilidad de derivar, exclusivamente, de su desconocimiento o de la delimitación de sus titulares, la realización de un tipo penal.

⁴⁶ “Esta concepción del injusto de los delitos de funcionarios, sugerida desde la doctrina comentarista del Derecho alemán común por LUDEN, fue recogida y potenciada por un sector de la doctrina alemana de principios del siglo XX, del que formaron parte autores tan importantes como BINDING o NAGLER, y llevada al extremo del paroxismo por las tesis de algunos de los miembros de la (con razón) denostada Escuela de Kiel, tales como SCHAFFSTEIN o DAHM”. Ibíd. P.9 Ver: Sturm. (1939) “Die Entwicklung der Sonderverbrechen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem 19. Jahrhundert. (Tesis doctoral). Freiburg; Wagner, H. (1975). “Amstverbrechen”. Berlín

⁴⁷ Para Gómez Martín “la existencia de conceptos complejos de delitos especiales en la actual doctrina jurídico-penal alemana se debe, principalmente, a las aportaciones de la Escuela de Eberhardt SCHMIDHÄUSER —compuesta, en lo que nos interesa, por el propio SCHMIDHÄUSER, Winrich LANGER y Marco DEICHMANN— y de Claus ROXIN.” Ibíd. P.28. Ver: Schmidhäuser. (1970). “Strafrecht, AT.” Tübingen.

⁴⁸ Respecto de los antecedentes que sobre la teoría del delito se encuentran en alusión a los delitos especiales, Sturm afirma que una de las primeras referencias de la categoría de los delitos propios se encuentra en el Digesto de Arius Menander, en cuanto a aquellas conductas que solo podían ser cometidas por militares. Posteriormente, los romanos comprenderían que dicha calificación podía aplicarse a aquellos delitos cometidos por funcionarios o religiosos. Ibíd. P.8. Ver: Sturm. (1939) “Die Entwicklung der Sonderverbrechen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem 19. Jahrhundert. (Tesis doctoral). Freiburg. P.4

⁴⁹ Idea controversial debido a su fuerte matiz positivista. Ver: Schünemann, B. (2018) “Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales”. Revista de la Facultad de Derecho, N°.81. Diciembre-mayo. Universidad de Alcalá, España. P.96.

Por otra parte, y con base en los desarrollos hechos por Jakobs, tribunales como la Corte Suprema de Justicia de Perú han aceptado que delitos como el peculado comportan la “infracción de un deber institucional personalísimo” (Schünemann, 2018). Lo que incide en los modos de autoría autorizados, al excluir la coautoría y la autoría mediata, siendo esto predicable del cohecho propio también, y solo admitir una autoría de naturaleza directa.

El autor del delito solo puede ser una persona que, con independencia de la comisión del delito, se encuentra en una relación (estatus) con el bien jurídico (delito especial en sentido estricto), o de si la relación con el bien sólo la proporciona el comportamiento delictivo; de este modo, se derivan especialidades para la participación y la tentativa, así como en la omisión. (Jakobs, 1997, p.214)

No obstante, para Schünemann ninguna de las dos posturas planteadas al interior del modelo “complejo” goza de vigencia alguna en los términos en que fueron formuladas. Al parecer existiría una categoría de delitos que se compadecen con lo que él denomina “el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico” al ser “delitos especiales de garante, en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto” (Schünemann, 2018, 103).

Con todo esto, queda aún una suerte de confusión generalizada sobre cuáles son los deberes originarios de cada una de las instituciones a las que se aplican estas distinciones, si el fundamento es igual o no para todos los casos y si la consecuencia necesaria de ello es la existencia de una clase “especial” de delitos. Esto se debe a que, en la mayoría de los casos, se identifican como originarios o propios algunos deberes que en realidad no lo son, pese a ser punible su infracción (Schünemann, 2018, p.103).

A primera vista, esta discusión luce inoportuna frente al objeto de la tesis, pero la misma adquiere sentido al analizar las principales críticas realizadas a la teoría de los delitos

especiales. Especialmente, aquella referida a la identificación exacta de los deberes internos o externos de una determinada institución.⁵⁰ En el caso concreto de la corrupción:

Cuando un funcionario acepta dinero para cometer un acto ilegal en el ejercicio de su cargo, se trata de una infracción de los deberes externos de la institución, sobre los que ejerce el dominio en cuanto funcionario competente. En cambio, cuando cobra dinero para un acto debido y conforme a la ley, entonces quedan intactas las relaciones externas y únicamente ha infringido un deber interno de la institución: el de contentarse con su salario mensual y no sacar ninguna ventaja de sus actos en el ejercicio del cargo. Los numerosos ejemplos de funcionarios que están autorizados a cobrar las tasas o comisiones que les corresponden por su actividad hacen obvio que se trata aquí de deberes internos, cuya infracción puede ser, por lo general, suficientemente castigada mediante sanciones institucionales. (Schünemann, 2018, p.104)

Para identificar los deberes internos de una institución se deben consultar las fuentes que confieren el carácter reglado o reglamentario a la actividad del servidor público. Empero, la discusión sobre cuáles deberes debe tenerse en cuenta, depende en gran medida de si son taxativos o si algunos de ellos son vistos como connaturales o esenciales al instituto al que son adscritos. Debido a que la identificación de los “deberes oficiales” o los “actos propios del cargo”⁵¹ del servidor que los negocia o trasgrede, no sólo adquiere importancia para la configuración de un comportamiento típico sino, además, para la realización del juicio de antijuridicidad formal y material.

En este sentido, si bien la cultura jurídica de nuestro ordenamiento propende hacia la identificación taxativa de los deberes de cada servidor público, esto en la práctica es

⁵⁰ En este sentido, hay otra consecuencia importante que se deriva de esta discusión y que se relaciona con la diferencia en materia de punibilidad entre el cohecho propio, impropio y el aparente que no exige la existencia de un acuerdo previo entre servidor y particular, sino que “requiere que el particular tenga algún asunto cuya decisión dependa de la conducta del empleado a quien le envía el “regalo”, lo que se traduce como el interés al que hace alusión el inciso segundo del artículo 406 del texto penal. Óp. Cit. Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2004, p.292 En cuanto a la punibilidad, se debe identificar cuándo se trata de un deber interno de la institución, cuándo se actúa de forma contraria al mismo y cuándo en realidad se cumple dicho deber y se recibe por él un pago adicional al emolumento oficial, por parte de quien tiene un interés en aquél. Solo en el último caso, la pena será menor.

⁵¹ En los términos del artículo 405 del Código Penal colombiano. Expresión utilizada por el artículo 120 de la Ley Orgánica 5 de 2010 del ordenamiento jurídico español.

imposible. No sólo, por la hipertrofia legislativa a la que esta pretensión conduce, sino por el surgimiento y reconocimiento de otras fuentes de deberes y obligaciones dispersas.

La Constitución consagra los principios constitucionales de la Administración Pública. Su violación dará lugar a la responsabilidad penal del servidor público siempre que estén concretizados en deberes o prohibiciones con eficacia directa⁵², de manera que no se incurra en una violación del principio de legalidad en materia penal.

En la Constitución de Colombia también están consagradas disposiciones especiales que señalan deberes y establecen determinadas prohibiciones a los funcionarios públicos, las cuales, si bien en principio también se encuentran desarrolladas en leyes especiales, asimismo, tienen eficacia directa de acuerdo al señalado principio de prevalencia de la Constitución. (Lombana, 2014, p.411)

Lo anterior se desprende del elemento extra-normativo del tipo penal del cohecho propio que, al referirse a “deberes oficiales”, hace una remisión a aquellas partes del ordenamiento jurídico que se encargan de regularlos de forma general a todos los servidores o específicamente para algunos de ellos. En el cohecho, las funciones del servidor público no deberán ser analizadas exclusivamente en el marco del manual de funciones que las contiene, de existir otras fuentes normativas que las contengan, regulen o desarrollen.

⁵² Ejemplos de esto son los artículos 126, 127 y 128 constitucionales en los que establece prohibiciones en materia de nombramientos, postulaciones y contrataciones de personas con parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o ligados mediante matrimonio o unión permanente, para los funcionarios públicos. Así mismo, se encuentra la prohibición de recibir asignaciones múltiples por parte del servidor, aceptar cargos, honores o recompensas de gobierno u organismos internacionales sin previa autorización del Gobierno. En igual sentido, el artículo 180 constitucional establece un conjunto de prohibiciones para los congresistas como miembros de Corporaciones Públicas y el artículo 219 se refiere sobre aquello prohibido para los miembros de la Fuerza Pública, etc.

Ejemplo de lo anterior son los artículos 34⁵³ y 35⁵⁴ de la Ley 734 de 2002⁵⁵ que disponen entre 39 deberes y 35 prohibiciones comunes a todos los servidores. La relevancia de estas disposiciones radica en su condición de fuentes legales y adicionales de las que se puede derivar responsabilidad penal. Empero, su aplicabilidad dependerá de la concreción de sus mandatos o prohibiciones y de la adecuación de su violación al cohecho propio.

En cuanto a la calidad fragmentaria del derecho penal, Schünemann (2018) sostiene que frente al sujeto que falta a los deberes de una institución, será siempre más apropiado expulsarlo que utilizar en su contra el derecho penal. Lo cual, tiene sentido en ciertos escenarios, más no, para el funcionario público que no sólo “entorpece” la Administración, como lo explica, sino que lesiona bienes jurídicos, derechos e incluso garantías de terceros con su conducta, que lo hacen acreedor de la respuesta penal estatal.⁵⁶

Para declarar la procedencia del derecho administrativo disciplinario o sancionatorio sobre el derecho penal, el examen hecho por este último debería arrojar un resultado diferente al propuesto. De forma que, en atención a lo sugerido por Schünemann, se sancione al servidor por la vía administrativa con la destitución del cargo, entre otras posibles sanciones. Basta decir que la argumentación del cohecho propio como un delito especial se ha hecho depender de la exigencia de un sujeto calificado, servidor público, por parte de la norma

⁵³ Algunos deberes son “2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función; 3. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público; 4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función; 8. Desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales cuando a ellas tenga derecho” etc.

⁵⁴ Algunas prohibiciones son “7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado; 8. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento; 20. Permitir, tolerar o facilitar el ejercicio ilegal de profesiones reguladas por la ley; 21. Dar lugar al acceso o exhibir expedientes, documentos o archivos a personas no autorizadas” etc.

⁵⁵ Ley a través de la cual se expidió el Código Disciplinario Único.

⁵⁶ A esta crítica se suma aquella relacionada con la potencialidad de la conducta cometida por un individuo para afectar a una institución en su totalidad. Es claro que, en el caso de la corrupción colombiana, específicamente, actos como el cohecho no son aislados y han pasado a integrar redes poderosas con la suficiente capacidad para lesionarla, sea porque funcionan de una forma cohesionada o porque son actos de reiterativa ocurrencia que terminan teniendo el mismo efecto de facto que una de ellas. Schünemann, B. Óp. Cit. P.80.

penal⁵⁷, al que se le han atribuido toda clase de deberes legales específicos y generales de rango constitucional.

ii) Sujeto activo calificado: El servidor público.

El tipo penal hace expresa referencia al servidor público que reciba dinero, utilidad o acepte promesa remuneratoria, para sí o para otro, a cambio de la no realización, distorsión del contenido o término para llevar a cabo las funciones que le competen. Calificación legal del autor con un fundamento constitucional en el artículo 123 de la Constitución Política⁵⁸:

ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Para la C. Const., esta categoría está conformada por un conjunto de disposiciones constitucionales:

La noción de servidor público que la Constitución emplea en diferentes normas (arts. 6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129), sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral (...) Así pues, dentro del género "servidor público", se comprenden según la Constitución diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

⁵⁷ En este sentido la C. Const. en sentencia C-1122 de 2008 con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, ha optado por definir al delito especial partiendo de la restricción de su círculo de posibles autores. Sin satisfacción de la calificación, para la Corte es diáfano que la conducta es atípica.

⁵⁸ Definición usualmente aportada por los estatutos penales de turno, anteriores a la Constitución actual, y otros cuerpos normativos con la pretensión de establecer el ámbito de aplicación de algunos tipos penales con sujetos activos o pasivos cualificados.

En cuanto al origen o fuente de la clasificación de los servidores públicos se puede concluir que lo es, en principio la Constitución, pero no existe obstáculo alguno para que el legislador establezca, con arreglo a las atribuciones que le confiere el art. 150-23, nuevas denominaciones para caracterizar grupos o clases diferentes, (como se cita en Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2004, p.72).

Por su parte, el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 599 de 2000, amplió la lista del artículo 123 constitucional y reprodujo el artículo 18 del Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995 (Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2004).

ARTÍCULO 20. (...) Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo [338](#) de la Constitución Política.

En atención a los criterios utilizados para caracterizar al servidor público⁵⁹, como lo afirma Molina (2003), algunas legislaciones como el Código Penal italiano de 1930 han diferenciado entre el “intraeus”, quien los reúne, y el “extraneus”⁶⁰ quien no lo hace. Pese a que este criterio no fue adoptado por nuestra legislación penal de la misma época, jurisprudencia y doctrina se han valido de esta creación dogmática para justificar y orientar el sentido de la norma penal en su aplicación. Así, con la calificación normativa hecha, sólo habrá responsabilidad a título de autoría para quien encaje en esta descripción objetivo-

⁵⁹ En estas consideraciones están incluidas aquellas personas que ejercen de manera transitoria funciones públicas. Ejemplos de esto son los particulares investidos transitoriamente para administrar justicia en los términos del artículo 116 de la Constitución Política, los auxiliares de la Administración Pública, contratistas independientes, prestadores de servicios públicos, quienes por expresa autorización constitucional ejercen funciones administrativas como es el caso de los notarios y el personal de las cámaras de comercio en quienes se delega funciones importantes como dar fe pública o encargarse del registro mercantil, entre otros más. Las particularidades de los regímenes que los gobiernan y su naturaleza no serán abordados en el presente trabajo de grado por exceder el objeto propuesto. Herrera, L., y León, C. (2004). Particulares que ejercen funciones públicas para la jurisprudencia de la Corte Constitucional. (Tesis de grado). Universidad de la Sabana. Bogotá, Colombia.)

⁶⁰ Como una forma de diferenciar quién ataca a la Administración, si quien reúne las calidades para pertenecer a ella o un sujeto ajeno a aquella.

valorativa (Figueroa, 2012). Mientras que aquellos que no logren satisfacerla, en principio, serían juzgados como partícipes.

Lo anterior ha despertado múltiples y complejas discusiones sobre la figura del interviniente, artículo 30⁶¹ del Código Penal colombiano, con relación a los delitos de infracción de deber. Se ha reiterado que la calidad específica exigida por el tipo “debe darse tanto en el autor como en el coautor, porque si quien participa en el delito con división del trabajo no infringe deber especial no puede ser autor, aunque materialmente sea dominador o co-dominador del hecho” (Figueroa, 2012, p.103).

Por el contrario, el extraneus en la comisión del delito especial es tenido como interviniente. Figura cuya interpretación ha sido problemática, incluso por su ubicación al interior de la legislación penal. La CSJ⁶² la ha equiparado al partícipe: determinador o cómplice del sujeto activo cualificado ⁶³. Sin embargo, la duda sobre su naturaleza aún

⁶¹ **ARTÍCULO 30. PARTÍCIPE.** Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. **Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.**

⁶² Ver: CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de septiembre de 2017, MP: Fernando Alberto Castro Caballero, p.34; CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 03 de julio de 2019, MP: Patricia Salazar Cuéllar, p.10; CSJ, Sala de Casación Penal, Auto del 05 de diciembre de 2018, MP: José Francisco Acuña Vizcaya, p.28.

⁶³ En cuanto a las discusiones que esto ha suscitado al interior de la CSJ en la Sala de Casación penal, “la línea jurisprudencia seguida por la Corporación, desde el año 2002 hasta la fecha, en la que si bien es cierto se adscribe a una posición en la que se considera mayoritariamente que la figura del interviniente se introdujo en el código del año 2000 para regular la responsabilidad del extraneus que co-ejecuta un delito especial con quien tenía la calidad exigida por la norma, debía ser sancionado como autor de delito especial, pero disminuida su pena en una cuarta parte de la asignada al intraneus, lo cierto es que dicha postura no ha sido pacífica al interior de la Sala Penal, dado que en otras providencias se ha considerado una aplicación mucho más amplia del interviniente, porque, en opinión minoritaria, el instituto fue incluido en la ley penal colombiana para asignar responsabilidad al extraneus no sólo como autor, sino como autor inmediato, coautor propio, impropio, determinador y cómplice, es decir para cualquier clase de aportante a la conducta delictiva” Figueroa, F. L.D. (2012) “La ubicación del interviniente en los delitos que protegen el bien jurídico de la administración pública” (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia. P.111.

persiste para quienes hacen una interpretación más amplia de esta categoría⁶⁴ y apelan por una ruptura de la unidad de la imputación entre ambos sujetos.⁶⁵

Por otra parte, existen otros criterios relevantes a la luz del universo de casos que pueden presentarse con ocasión de esta discusión. Corporaciones como el Consejo de Estado desde 1942, como lo explica Cancino (2011), se han encargado de clasificar al intraneus como funcionario de derecho⁶⁶, de hecho⁶⁷, o usurpador⁶⁸, al tiempo que han calificado la validez de sus actos para determinar si son sujetos cualificados o no, puesto que, a quien pretenda imputarse el delito de cohecho propio deberá comprobársele la calidad de servidor público al momento de comisión de los hechos, esto es, su vinculación permanente,

⁶⁴ Adicionalmente, hay quienes sostienen que el interviniente no es un problema del sujeto activo del delito, sino del objeto material y jurídico del reato. Puesto que, la diferencia en punibilidad y tratamiento en el juzgamiento del extraneus se fundamenta en que este tiene una relación general de sujeción al ordenamiento jurídico que se desprende del ya nombrado artículo 6 de la Constitución Política. Por el contrario, el intraneus tiene una relación especial de sujeción con el ordenamiento que lo hace acreedor de una mayor punibilidad. Pavajeau, C.A. (agosto de 2019). El particular en los delitos contra la Administración Pública. Departamento de Derecho Penal y Criminología. *41 Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Criminalidad contemporánea y corrupción: ¿efectividad de la pena privativa de la libertad?* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

⁶⁵ Autores como Ángela María Buitrago sostienen que el modelo de unidad de la imputación resulta limitado para las necesidades de enjuiciamiento de los delitos especiales. Así, quien es intraneus puede responder como autor de esta clase de delitos, mientras que el extraneus será autor de los delitos comunes que para tales efectos procedan. Buitrago, A.M. (agosto de 2019). Autoría, participación y concursos en los delitos contra la Administración Pública. Departamento de Derecho Penal y Criminología. *41 Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Criminalidad contemporánea y corrupción: ¿efectividad de la pena privativa de la libertad?* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

⁶⁶ En el caso de los funcionarios de derecho, sus actos gozan de plena validez y sus efectos no habrán de ser cuestionados en virtud de la investidura con base en la cual son proferidos, por ser designados con el pleno de requisitos. Molina, C.M. Óp. Cit. Pp.52-53

Para la CSJ en sentencia del 5 de noviembre de 1958, los presupuestos para el nombramiento de un servidor público son el título dado mediante el decreto, resolución o elección y que es susceptible de confirmación, la posesión consistente en el acto de juramento y la investidura que se refiere a un ejercicio efectivo del cargo.

⁶⁷ El defecto del que adolecen los funcionarios de hecho consiste en una irregularidad en su investidura, de “origen” o “causa”, ya sea porque el funcionario fue nombrado sin el lleno de requisitos legales para tal efecto, evento de nulidad en el nombramiento, o porque habiendo sido funcionario de derecho, su periodo ha terminado y continúa con el ejercicio de la función pública por mérito de la ley o por circunstancias no descritas en ella, supuesto de extemporaneidad. Pese a esto, sus actos son también válidos.

En principio una irregularidad de origen debería impedir la consideración como servidor público de la persona que se posesiona sin el lleno de los requisitos exigidos, pero si la situación no es atribuible al “servidor” se opta por proteger la validez de sus actos.

⁶⁸ Por último, los usurpadores carecen de toda investidura, lo que hace que sus actos sean inexistentes per se, dado el origen delictuoso de quien los emite. Como se cita en: Cancino, A.J. (2011). Delitos contra la Administración Pública. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. p.108. El servidor público de hecho al menos cuenta con un título putativo. Mientras que, el usurpador carece de toda relación material o formal con la Administración.

provisional o transitoria con el Estado, lo que no sucedería jamás con el usurpador (CSJ, 2014, p.89).⁶⁹

Aunado a lo anterior, no pueden obviarse los escenarios en los que, pese a que la persona sí cuenta con dicha calidad, la conducta que llevó a cabo no guarda relación o no hace parte de su ámbito funcional. La CSJ (2018) considera que en estos eventos no es dable identificar como autor al servidor público cuyas funciones no son probadas⁷⁰, lo que podría conducir a una situación de atipicidad o de adecuación típica diferente.

Las calidades exigidas por el tipo penal no serán suficientes sin la satisfacción de los demás elementos objetivos del delito. La realización de los verbos rectores debe darse en el marco de la función previamente definida y conferida al sujeto activo, artículo 122 constitucional.

ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga **funciones detalladas en ley o reglamento** y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...).

Para la doctrina colombiana es necesario establecer una relación directa entre el injusto y la competencia funcional del servidor, la reunión de la calificación, las funciones competencia de aquél y que estas integren el “acuerdo injusto” (Lombana, 2014)⁷¹.

Si la persona que negocia la función pública, ni siquiera ostenta realmente la condición o calidad de servidor público, a más de un delito contra el patrimonio económico (v.gr. estafa), estará incurriendo en un delito de usurpación de funciones

⁶⁹ Autores como el profesor Pérez afirman que el nombramiento regular del servidor o la condición precaria de quien lo es de forma irregular “no cambia la denominación de las infracciones de que resulten culpables. Será siempre la Administración Pública la lesionada por ellos, dentro de las condiciones establecidas” ver: Pérez, L.C. (1984) “Derecho Penal: partes general y especial, Tomo III. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. P.185.

⁷⁰ Reconocimiento recurrente en la jurisprudencia de la CSJ en la que se ha admitido que “La pretermisión implica tener la competencia pues solo se puede omitir o retardar los comportamientos que está compelido a cumplir o ejecutar en determinado plazo” CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de marzo de 2017, MP: Eugenio Fernández Carlier.

⁷¹ “El acto propio de la función es cumplido por el agente atendiendo las facultades a él deferidas de su ejercicio. La pretermisión implica tener la competencia pues solo se puede omitir o retardar los comportamientos que está compelido a cumplir o ejecutar en determinado plazo”. CSJ, Sala de Casación Penal del 08 de noviembre de 2011, MP: Julio Enrique Socha Salamanca.

públicas (artículo 425 del Código Penal), o, en su caso, de simulación de investidura o cargo (artículo 426, C.P.), según haya sido, en concreto, la conducta ejecutiva por él desplegada, vale decir, según lo que haya hecho haya sido usurpar las funciones o simular el cargo. (Molina, 2003, p.266)

Es a partir de las fuentes constitucionales, legales y reglamentarias que se establece la clase de servidor público y los límites de su competencia funcional. Podrá tratarse de un miembro de corporaciones públicas, empleado o trabajador del Estado, miembro de la Fuerza Pública, trabajador del Banco de la República o de un particular que ejerce transitoria o permanentemente funciones públicas⁷², etc., regidos por fuentes normativas específicas o generales contentivas de sus deberes, obligaciones y funciones oficiales.

iii) Sujeto pasivo: ¿El Estado?

Sobre este elemento surgen varias inquietudes que no ameritan mayor detenimiento para la doctrina mayoritaria. Empero, ¿Es acaso el Estado el sujeto pasivo exclusivo de esta conducta delictiva? o ¿comparte dicha condición con miembros particulares de la ciudadanía “alcanzados” por los efectos que siguen al reato cometido por el servidor público? Con base en una interpretación restrictiva del tipo penal⁷³ se aduce que el Estado es el único titular del bien jurídico en disputa (Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2004).

El sujeto pasivo de la infracción es siempre y únicamente la Administración Pública ofendida con el comportamiento del funcionario público, donde se sigue que, finalmente, el sujeto pasivo de esta infracción es el Estado como titular del bien jurídico de la Administración Pública, único bien que resulta afectado con la conducta del actor (Molina, 2003, p. 262).

Sin embargo, la autora de este trabajo no comparte la opinión conforme a la cual solo existe un único bien jurídico afectado o lesionado. Puesto que de la comisión de un delito

⁷² Esto obedece a un dispositivo amplificador de la noción de servidor público, al no serlo en sentido estricto, pero dadas las necesidades del Estado, se hace obligatorio exigir de determinados sujetos el cumplimiento de deberes especiales. Gómez Méndez, A. y Gómez Pavajeau, C.A. Óp. Cit. P.79.

⁷³ En materia penal, en virtud del principio de legalidad, el uso de la analogía está proscrita por el artículo 6 de la Ley 599 de 2000. Esto obviamente cubre al tipo penal y sus elementos normativos y extra-normativos, uno de ellos, el sujeto pasivo de la conducta. No obstante, esto puede ser objeto de críticas con ocasión de la consideración difusa del bien jurídico tutelado y el entendimiento de quienes lo detentan como sus titulares.

como el cohecho se pueden producir lesiones sobre otros objetos jurídicos no necesariamente tutelados por este reato, pero consecuencia de las acciones u omisiones del servidor público.⁷⁴

Si se apela a la lógica subyacente en la existencia de un Estado al servicio de sus asociados, el mandato constitucional del artículo 2 de la Carta Política dispone, como fin y deber primigenio de la organización estatal, el servicio a la comunidad. Norma que justificaría una comprensión mediata del bien jurídico discutido, como se ha propuesto. Clásicamente, el Estado ha sido entendido como la reunión de elementos como el territorio, la población y la soberanía que integran una ficción jurídica a la que se le endilgan obligaciones y atribuyen derechos en representación de sus habitantes y respecto de ellos. Hay quienes diferencian entre el “Estado-aparato” como organización política que reúne dichos elementos y el “Estado-comunidad” con un énfasis exclusivo en el componente poblacional (Díaz, 2018).

Si se privilegia una comprensión del “Estado-comunidad”, en la mayoría de casos, los intereses representados por la ficción jurídica organizacional pueden singularizarse y personificarse en individuos particulares con derecho a ser constituidos como víctimas del injusto cuando aquellos son defraudados o lesionados, sin que esto comporte una violación al principio de legalidad que gobierna el alcance del objeto jurídico protegido por la norma.

La titularidad del bien jurídico por parte del Estado persigue denotar la lesión de principios constitucionales y normas de diferente rango que aseguran su perdurabilidad. Razón por la cual, pese a que la Administración Pública es un bien mediato que no puede ser dañado como abstracción de una ética pública, sino que es lesionado en las relaciones internas o externas que en ella se dan junto con otros intereses jurídicos, su titularidad no se traslada al particular igualmente afectado en sus intereses, puesto que, de la norma se sigue que dicha calidad es exclusiva del Estado⁷⁵.

⁷⁴ De conformidad con lo dicho por el maestro Reyes Echandía, los delitos pluriofensivos son aquellos “que pretenden amparar simultáneamente varios bienes jurídicos; quien realiza la conducta en ellos prevista, afecta, pues, al propio tiempo, una pluralidad de intereses”. Reyes, E.A. (2017). Derecho Penal. Undécima edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. P.117.

⁷⁵ Claro en un análisis filosófico de lo que es el Estado y el porqué de su existencia, bien podría decirse que en últimas los verdaderos titulares son los ciudadanos. Más en derecho penal no se apunta a este análisis.

De forma tal que, pese a que la conducta causa varias lesiones o perjuicios en intereses jurídicos diferentes, esto es un problema que no se resuelve con la ampliación del sujeto pasivo o con la atribución de una naturaleza pluriofensiva al tipo, sino con la configuración de un concurso de conductas delictivas que evite la deformación de los elementos constitutivos del tipo penal estudiado, al tiempo que persigue otros punibles que tutelen bienes jurídicos diferentes.

En este sentido, Molina Arrubla (2003) afirma que, para el caso de los delitos de peculado, concusión, prevaricato, el abuso de autoridad genérico, por omisión de denuncia y la revelación y utilización de secretos, existe la posibilidad de que haya un particular afectado por su comisión. Pese a que excluye la mención expresa del cohecho, afirma lo siguiente:

Todo ello, en consecuencia, permite sostener que, en términos generales, los delitos contra la Administración Pública admiten, en gran medida, ser caracterizados como de carácter pluriofensivo, como que con su comisión no solamente se afectan intereses de la propia Administración Pública, como lo sugiere el *nomen iuris* del correspondiente título, sino, también, de los particulares eventualmente afectados en sus intereses con la materialización de tales ilícitos que, en tales supuestos podrían constituirse en Parte Civil – si se quiere, de manera concurrente con la propia Administración Pública- dentro del correspondiente proceso penal (Molina, 2003, P.58).

Así, al particular se le autorizará reclamar la compensación de los perjuicios que le fueron causados, principalmente económicos, al atribuírsele tan sólo la condición de víctima en el proceso penal. Dilema resuelto por el derecho penal en su parte general, pues uno es el titular del bien jurídico y otro es la víctima o perjudicado, cuandoquiera que estos se usen como sinónimos. En la mayoría de situaciones, ambas calidades se encuentran reunidas en el mismo sujeto⁷⁶, así lo entendía el maestro Reyes Echandía (1986) quien reconoció la

⁷⁶ “No deben confundirse las nociones de sujeto pasivo y perjudicado por el delito, el primero, como ya se indicó, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, en tanto que el segundo es la persona que recibe perjuicio directo como consecuencia del ilícito. Ordinariamente las dos calidades coinciden en un mismo individuo (...) otras veces en cambio, se distinguen claramente.” Reyes, E.A. (1986). Derecho penal. Parte general. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. P.150.

existencia de supuestos en los que la colectividad debía ser vista como la titular del objeto jurídico y definió al sujeto pasivo como:

La persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente. (...) Cuando el interés jurídicamente tutelado pertenece al Estado, este adquiere la categoría de sujeto pasivo; tal ocurre con los delitos que atentan contra su seguridad interior o exterior, contra la Administración Pública o contra la Administración de justicia. Otras veces el bien jurídico radica en cabeza del conglomerado social que entonces asume la calidad de sujeto pasivo. (Reyes Echandía, 1986, p.150)

Lógica con importantes consecuencias sustanciales y procesales penales, que permite sostener que la Administración Pública es un bien mediato que protege una totalidad jurídica frente a determinados ataques, cuya lesión acarrea graves consecuencias sobre otros derechos subjetivos de los asociados, en algunos casos, de mayor envergadura. Pero cuando tales consecuencias no se subsumen en el objeto jurídico de un delito como el cohecho y tampoco se limitan al ámbito de los perjuicios que normalmente aquél acarrea, por exceder el espectro de protección conferido y extenderse hacia otros bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, no sólo deberá ratificarse el carácter mediato de este interés jurídico, sino también del dolo en la comisión del delito contra la Administración Pública. Y en aquellos casos en los que el Estado y otros sujetos pasivos, personas naturales o jurídicas, concurren al proceso penal y resulte probado el concurso real, deberá establecerse su modalidad y efectos en la punibilidad⁷⁷. Con esto el sujeto pasivo del cohecho y de cualquier otro delito, bajo estas circunstancias, permanecerá inalterado. Que el bien jurídico sea mediato, no hace que su titularidad también lo sea.

Lo relativo a la posible configuración de un concurso medial del delito de cohecho, dada la existencia de un dolo mediato en él, con un reato de naturaleza diferente, será tratado con base en la propuesta casuística a trabajar en el capítulo 3 de este trabajo.

⁷⁷En este sentido, cabe señalar que, en la tasación de punibilidad que haga el juez de la causa, se justificará una mayor punibilidad cuando la finalidad sea la comisión de un delito, pues la conducta presenta un mayor desvalor de acción, especialmente cuando el delito no se consuma, ya que en el supuesto de llegar a perfeccionarse cabe entender que la agravación de la punibilidad quedaría subsumida en el desvalor de la inducción eficaz a otro delito. Lombana, J. Óp. Cit. p.449.

iv) Bien jurídico protegido: Precisiones a partir del delito de cohecho propio.

En este apartado se retomará lo dicho sobre la Administración Pública como interés jurídico protegido por el tipo penal del cohecho y se precisarán algunas consideraciones. Como fue señalado, para la doctrina mayoritaria lo protegido a través de la tipificación de conductas como el cohecho es la “buena imagen” de la Administración, la confianza que en ella deposita la colectividad y una eticidad que garantice los postulados constitucionales y legales que de ella se desprenden.

Paralelamente, doctrinal y jurisprudencialmente se ha hecho un esfuerzo por identificar sobre cuáles objetos jurídicos el comportamiento censurado produce una lesión. La CSJ (2018) ha afirmado que disposiciones como el artículo 209 constitucional no se limitan al reconocimiento de principios; por el contrario, aportan condiciones definitorias, inherentes y connaturales a la función pública. Esto ha permitido caracterizar los diferentes institutos que la integran e implicados en la comisión del delito. A continuación, se tomará como base la caracterización de tales institutos propuesta por Gómez Méndez y Gómez Pavajeau (2004).

Instituto funcional: entendido como “el correcto funcionamiento del aparato administrativo en cuanto al contenido y sentido materiales de la función”⁷⁸. La afectación a este instituto, como acertadamente los autores señalan, desvía “la finalidad pública hacia intereses privados o particulares” (Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2004, p.62).

a. Instituto personal

Protege la integridad personal del funcionario al servicio de la administración. Lo que constituye un delito de lesiones personales, varía su calificación en consideración a la investidura del servidor, puesto que es él quien es atacado en virtud o con ocasión de la función pública que ejerce.

Así mismo, las vías de hecho producen la ruptura de canales institucionales y promueven el desconocimiento de los instrumentos jurídicos dispuestos para impugnar o debatir las decisiones y actuaciones del funcionario.

⁷⁸ Los autores hacen una valiosa precisión al indicar que dicha funcionalidad puede ser lesionada incluso cuando sean particulares los que estén a cargo de ella, dada las capacidades del Estado para la satisfacción de las necesidades de sus asociados efectiva y eficazmente que lo habilitan a celebrar una alianza con privados para tales efectos.

b. Instituto jurídico

Se ocupa de los instrumentos, medios y mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico que persiguen el interés general de la comunidad, entre otros fines. Con la alteración de tales finalidades se desconoce dicho interés y se priorizan inclinaciones particulares contrarias a aquél o simplemente no autorizadas. Ejemplo de esto es el desconocimiento de la legalidad de los instrumentos, la competencia o finalidad para su utilización (Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2004)⁷⁹.

c. Instituto real

Se refiere al peculio estatal o al erario. Bajo una perspectiva amplia, no se restringe exclusivamente a la parte monetaria. Todo bien mueble, inmueble, material o inmaterial que esté afectado en su origen, naturaleza o destinación para el cumplimiento de mandatos, fines o satisfacción de necesidades estatales, estará cubierto por esta previsión.

Es dable concluir que el cohecho concentra principalmente sus efectos en los institutos funcional y jurídico, sin que ello excluya la posibilidad de que los demás también sean alcanzados⁸⁰. Los verbos rectores del tipo penal advierten una contrariedad absoluta a los deberes oficiales del servidor juzgado, sea porque el servidor acepta retardar u omitir sus funciones o porque ejecuta actos contrarios a los confiados a él. Con ello la función pública es transfigurada en su núcleo y principios. Para la CSJ, el legislador:

Pretende amparar la transparencia, rectitud, imparcialidad, integridad, legalidad y objetividad que, en el ámbito ideal, debe irradiar la Administración Pública, evitando que se menoscabe el perfil de impecabilidad y buena gestión que debe caracterizar a las instituciones públicas y sus integrantes en un Estado de derecho. (CSJ, 2017, p.23)

⁷⁹ Sobre la deformación del instituto jurídico, los autores afirman que es imposible que la misma suceda cuandoquiera que se trate de funciones puras de gobierno en cabeza de la rama ejecutiva de forma excepcional, siempre que se trate de la manifestación de la voluntad del Gobierno, mediante actos políticos. Lo mismo sucedería con la creación de leyes por parte del Congreso, puesto que sus creadores, no podrían incurrir en el delito de prevaricato.

⁸⁰ Salvo el instituto personal que en nada se ve aludido en lo que respecta a las conductas alternativas que integran el tipo penal del cohecho.

“Impecabilidad” y “buena gestión” de los agentes estatales que debe materializarse en el desempeño de sus tareas. Esto haría que el instituto funcional padeciera un mayor menoscabo, lo que también podría constatarse a partir del siguiente análisis del artículo 209 constitucional y los siete principios contenidos en él⁸¹, desconocidos por el cohechador.

En primer lugar, la igualdad como principio consagrado en el artículo 13 de la Carta Política comporta una similitud de trato y protección debida por las autoridades públicas a los ciudadanos que acuden ante ellas. Correlativamente, prohíbe⁸² el uso de criterios sospechosos, como el factor económico, para otorgar un trato desigual o discriminatorio en situaciones fáctica y jurídicamente iguales. El servidor que, frente a quien utiliza su poderío o capacidad económica para lograr de él un trato que lo beneficie, lo concede sin ninguna justificación en derecho, desconoce este principio.

En segundo lugar, la moralidad ha sido definida por la C. Const. como la obligación que tienen los servidores públicos de:

Hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. (C. Const., 2013, p.30)

Cuando hay una prevalencia del interés particular sobre el general en el ejercicio de la función pública, se falta a este principio cuya violación generalmente comporta el

⁸¹ Si bien el título dado al artículo se refiere a la “función administrativa”, las consideraciones hechas en esta parte del trabajo se harán extensivas al género de la función pública con base en la discusión ya acotada.

⁸² La Corte Constitucional en sentencia C-178 de 2014, establece que la prohibición de discriminación se da en torno a los motivos que son definidos por la Constitución, el derecho internacional de los Derechos Humanos o las distinciones que a todas luces sean irrazonables. Si bien la capacidad económica no es uno de los criterios a los que hace expresa mención el artículo 13, salvo que sea para justificar la toma de medidas afirmativas, sí hace parte de las distinciones irrazonables y además perseguidas, en este caso, por el derecho penal.

desconocimiento del carácter reglado de aquella y la ruptura de los compromisos asumidos por el servidor.

En tercer lugar, el principio de eficacia para la C. Const. (2013) propende hacia el logro de la efectividad de los principios, derechos y deberes contenidos en la Constitución Política. Al ser una concretización del principio de igualdad, por lo general la violación de alguno de estos dos principios, causa una afectación sobre el otro.

En cuarto lugar, según la máxima corporación constitucional (2012), la economía como principio constitucional pretende el cumplimiento de la finalidad perseguida por normas de rango constitucional y legal, junto a la optimización del mayor beneficio al menor costo.⁸³ Es claro que la conducta del cohechador no persigue un beneficio social, sino uno estrictamente individual. Además, es costosa puesto que lesiona otros derechos subjetivos que podrían dar lugar a la activación de vías jurídicas y judiciales que no sólo conllevan la posibilidad de pérdida del servidor condenado como parte del recurso humano del Estado, sino que desgastan y congestionan la Administración de Justicia. En quinto lugar, la celeridad se traduce en una necesidad de rapidez en las actuaciones públicas. No se realiza cuando el servidor público omite el cumplimiento de sus deberes oficiales o los retarda con su desconocimiento deliberado. Consiste en:

Agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios. (C. Const., 1998, p.13)

En sexto lugar, la imparcialidad suele ser interpretada exclusivamente en el marco de las actividades de las autoridades que tienen competencia para juzgar o decidir un determinado asunto. En su manifestación objetiva, exige al servidor público no albergar intereses directos o indirectos en los asuntos que conoce o decide. Mientras que, en su dimensión subjetiva, le prohíbe sostener relación alguna con las partes que pueda nublar su juicio o proceder (C. Const., 2009). Ambas dimensiones son desconocidas por el servidor público corrupto que orienta el cumplimiento o no de su función hacia el interés económico

⁸³ Interpretación realizada desde la sentencia C-035 de 1999 en la que se hizo especial énfasis en una relación de costo-beneficios a la que la Administración debe atender en el cumplimiento de sus objetivos.

o utilidad que persigue, lo cual, tan solo logra con la relación criminal que sostiene con la parte de la cual espera recibir el beneficio.

Por último, la publicidad como elemento integrante del conjunto de garantías del debido proceso, judicial y administrativo, es opuesta a los actos del cohechador que, por regla general, no son públicos. El objeto del reato permanece oculto y ajeno al control social y jurídico que se haga en virtud de este mandato de los actos del servidor⁸⁴. El apego a la ley del servidor corrupto no será material, sino aparente. La publicidad se satisface con:

La notificación a las personas involucradas en una actuación judicial o administrativa de las decisiones que allí se adopten (...) o mediante el reconocimiento del derecho que le asiste a la comunidad en general, de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, de exigir que las mismas se surtan con total apego a la ley. (C. Const., 2016, p.19)

Por otra parte, en cuanto al instituto jurídico, se afecta el principio de legalidad predominante en él. Los mecanismos y herramientas jurídicas dispuestas para la concreción de los derechos, deberes y principios que deben realizarse con la función pública dejan de cumplir con estos postulados una vez son mediados o cooptados por intereses privados.

Bajo las condiciones de anormalidad que ofrece el reato, no es dable esperar de estos institutos los efectos que legítimamente tienen. La conducta del servidor público que comete cohecho genera inseguridad jurídica al no ser previsible su resultado en determinada instancia, por no obedecer el mismo a una razón en derecho. Paralelamente, el instituto real es lesionado si, con una interpretación amplia, se concluye que el servidor aprovecha la infraestructura material, dispuesta para la realización de sus funciones, para otros fines censurables. Finalmente, como se advirtió con el principio de economía, el erario puede verse reducido con ocasión a la activación de instancias necesarias para juzgar este delito⁸⁵. Sin

⁸⁴ Así lo cree la Corte Constitucional que, en sentencia SU-489 de 2016, MP: Alberto Velásquez Echeverri, afirmó sobre este carácter oculto del cohecho que, “en la generalidad de los casos suelen suceder de manera oculta y clandestina, sin presencia de testigos directos, más allá de quienes concluyen el acuerdo delictuoso para que el servidor público concernido actúe alterando su línea de conducta originalmente prevista. Por esta razón, rara vez podría obtenerse una prueba directa de tal acuerdo y sus detalles esenciales, ante lo cual resulta válido acudir a los medios de prueba indirectos, como son, por ejemplo, los indicios”.

⁸⁵ Pese a que el artículo 90 constitucional establece que el Estado se hace titular de la obligación de repetir en contra del agente que con dolo causó un daño, por aquellos perjuicios que hayan tenido lugar y que haya

obviar que el servidor recibe beneficios económicos de una fuente no autorizada y utiliza su función para la obtención de un enriquecimiento indebido⁸⁶.

v) ***Objeto material del delito y verbos rectores a través de los que se realiza.***

El objeto material de este delito está integrado por el beneficio, móvil del servidor, y los verbos rectores de la conducta.⁸⁷ En este sentido:

El ilícito se realiza cuando el sujeto activo cualificado recibe para sí o para otro, dinero o utilidad diversa a éste o acepta promesa remuneratoria, con el fin de llevar a cabo una acción contraria a sus deberes funcionales, resultando intrascendente, de cara al juicio de adecuación o encuadramiento, si ésta se realiza o no. (CSJ, 2017, p.23)

Razón por la cual, el objeto material puede dividirse en mediato o inmediato⁸⁸. El objeto mediato consiste en el dinero, utilidad o promesa remuneratoria ofrecidos para la realización de alguna de las conductas alternativas punibles. Existe un “precio” que se “paga u ofrece al funcionario” y que diferencia la conducta de otros supuestos delictivos.⁸⁹

Las diferencias entre estas modalidades son estrictamente conceptuales. El dinero como moneda de curso legal aceptada, representativa de valor y con poder liberatorio, se diferencia de la utilidad consistente en un provecho diferente con valor pecuniario. Mientras que la promesa denota el pacto asumido con otro para ser cumplido en un futuro mediato o

debido asumir, es claro que, la activación de la rama judicial por procesos de corrupción termina socavando las arcas del erario al tener que cubrir su funcionamiento.

⁸⁶ Expresión utilizada por la CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de marzo de 2017, MP: Eugenio Fernández Carlier.

⁸⁷ Molina no comparte “la opinión de algún sector doctrinal, encabezado por Gómez Méndez y Moreno Brand, para el cual, en el cohecho propio, el objeto material lo constituye el dinero, la utilidad o la promesa remuneratoria, como que, en nuestro sentir, el objeto material de la figura delictiva se encuentra constituido, de manera directa, “por el acto” cuya fecha de emisión o contenido intrínseco, ha sido enajenado por parte del servidor, a instancias del precio o promesa remuneratoria” Molina, C.M. Óp. Cit. p.263; Gómez Méndez, A y Gómez Méndez, C.A. Óp. Cit. P.278; Molina Arrubla; Moreno Brand, W. óp. Cit. P.103

⁸⁸ Con base en la división propuesta por Molina Arrubla, C.M. Óp. Cit. P.264.

⁸⁹ “Cuando la ejecución del acto oficial se logra por obra de ruegos o súplicas, no hay cohecho. Si se obtiene por simpatía, hay prevaricato. Si se alcanza por medio de la violencia, hay delito contra funcionarios públicos”. Molina, C.M. Óp. Cit. p.268.

inmediato (Molina, 2003). En cualquiera de los casos, estas “ventajas”⁹⁰ deben carecer de justificación o de título legítimo alguno (CSJ, 2019, p.18).⁹¹

Adicionalmente, deberá darse una contraprestación a la función pública negociada que la “remunere” o “retribuya”⁹², puesto que debe pactarse “expresamente la contraprestación delictiva por parte del funcionario” (Molina, 2003, p.265). El agente estatal tiene el deber de ser cuidadoso frente a los obsequios que le hacen o que recibe para que “esos homenajes no sean de naturaleza o cuantía que lo hagan sospechoso de venalidad” (Molina, 2003, p.270). La norma también establece que el servidor puede recibir el beneficio para sí o para un tercero⁹³, directa o indirectamente. Siempre deberá probarse la connivencia entre “*intraneus*” y “*extraneus*”, de lo contrario se estaría frente a una hipótesis de tráfico de influencias⁹⁴ (Molina, 2003).

Por su parte, el objeto material inmediato consiste en un elemento específico subjetivo del tipo. debe ser futuro y tener relación con el objeto material mediato, esto es, que el precio retribuya la conducta ilícita ejecutada por el servidor. Sus variables se identifican a partir de los verbos rectores de las conductas alternativas previstas por el tipo (Molina, 2003).

⁹⁰ De conformidad con la información presentada por la Fiscalía General de la Nación en asociación con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la jurisprudencia ha reconocido como utilidades ofrecidas “un favor, una recomendación, una contraprestación sexual”, etc., como objetos materiales de los delitos de concusión y cohecho. Lo cual puede leerse en la providencia de la CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 08 de junio de 2011, MP: Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez.

⁹¹ Si la utilidad entregada no comporta un beneficio para el servidor, por consistir en una “social colaboración”, no podrá configurarse el reato. Ver: Fiscalía General de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). Tipologías de corrupción en Colombia: Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad. Del Cohecho y la Concusión. Tomo I. Bogotá, Colombia.

La expresión “social colaboración” fue utilizada por la CSJ en sentencia del 12 de marzo de 2002 con ponencia del Magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote, no queda claro de qué clase de contribuciones podrían eludir un juicio de antijuridicidad material. En el caso de aquellos ejemplos, donde la entrega de regalos que nacen de la estima por el funcionario como una caja de chocolates, es claro por qué se renuncia a la persecución penal. Empero, respecto de la expresión aquí aludida no lo es, pues el adjetivo “social” pareciera indicar un fin altruista en la contribución.

⁹² Debe tratarse de una recompensa sin que importe el tamaño de la misma. Pérez, L. Óp. Cit. P.278

⁹³ Correlativamente, las dádivas pueden ser recibidas por el servidor público o por interpuesta persona. Molina Arrubla, C.M. Óp. Cit. P.269.

⁹⁴ En el tráfico de influencias, el objeto material mediato no consiste en un beneficio de cualquier tipo. Apela a la existencia de un poder o una influencia en cabeza de un determinado servidor jurídico que es utilizado para obtener provecho para sí o para un tercero, en un asunto en conocimiento de otra autoridad.

Al interior del ordenamiento jurídico penal colombiano, a diferencia de otros⁹⁵ ordenamientos, no está tipificado el cohecho “subsiguiente”⁹⁶. Esto responde a una clasificación doctrinal que toma en cuenta el momento de la ejecución de los actos indebidos por parte del servidor, para nominar con base en ello, la corrupción cometida. Así, si el sujeto activo recibe el beneficio tras haber realizado los verbos rectores se estará ante un cohecho subsiguiente, atípico en nuestro ordenamiento. Mientras que, si la recepción es previa a la conducta del agente estatal, habrá lugar a la configuración del reato⁹⁷. Con esto, será necesario que el pacto ilícito sea previo. Pese a que el pago sea posterior a la comisión de alguna de las conductas tipificadas, para que haya delito la promesa sobre la función pública deberá anteceder la comisión de aquellas (Molina, 2003).

⁹⁵ Es una discusión que ha adquirido una mayor relevancia al interior del ordenamiento penal español. Como lo explica Inma Valeije Álvarez, la doctrina está separada entre quienes consideran que por vía indirecta es posible perseguir la responsabilidad por el cohecho subsiguiente, mientras que, los demás optan por afirmar que se trata de una situación atípica de cara al cohecho, pero que podría perseguirse mediante la también punible “admisión de regalos o dádivas en consideración al cargo”. Ver: Valeije A., I. (1995). El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho. Madrid, España: Editoriales de Derecho Reunidas. P.237.

⁹⁶ Recientemente, la Fiscalía General de la Nación acusó al empresario Carlos Mattos por la comisión de varias conductas punibles, entre las que se encuentra el cohecho por dar u ofrecer. Concretamente, Mattos habría ofrecido la suma total de 200 millones de pesos a la jueza 16 civil de Bogotá, Ligia Hernández, como “agradecimiento” por una decisión judicial en la que se confirmaron las medidas cautelares que le permitieron mantener su rol de representante de Hyundai en Colombia. En el curso del proceso, la defensa de Mattos ha argumentado que la entrega del dinero habría obedecido a un “agradecimiento” respecto de la labor de la jueza. Frente a esto, el juez noveno de control de garantías de Bogotá negó la medida de aseguramiento en centro carcelario contra Mattos al considerar que “en el momento de la entrega de las dádivas, Ligia del Carmen Hernández Pérez no tenía ya el conocimiento del proceso judicial en el que se vio beneficiado Carlos José Mattos Barrero, y la conclusión es que ese comportamiento no está tipificado en nuestra legislación sustantiva penal situación que da al traste con la pretensión elevada por la Fiscalía”. Lo cual es susceptible de ser discutido, puesto que, si bien la entrega de la suma de 100 millones de pesos se habría dado con posterioridad a la decisión de la jueza también investigada, los otros 100 millones de pesos se habrían dado entre el proferimiento de esta decisión y otras de la misma jueza que beneficiaron a Mattos, como aquella consistente en la denegación de todos los recursos contra la primera providencia de la juez civil. Información tomada de: <https://www.rcnradio.com/judicial/juez-se-abstuvo-de-dictar-medida-de-aseguramiento-contracarlos-mattos>; <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/caso-hyundai-juicio-carlos-mattos-porque-habria-sobornado-funcionarios-judiciales-articulo-870197>; <https://www.rcnradio.com/judicial/caros-mattos-le-envio-100-millones-una-jueza-como-agradecimiento>

⁹⁷ Molina se remite al auto de la Corte Suprema de Justicia del 05 de abril de 1984, en el que afirmó que “en nuestra legislación que la obtención del dinero o la aceptación de la promesa remuneratoria sean coetáneas con la finalidad - “para”- de retardar u omitir acto propio del cargo oficial o de ejecutar uno contrario a los deberes propios de aquel, pero anteriores al efectivo retardo, omisión o ejecución ilegal del acto oficial, si es que estos hechos llegaran a realizarse, considerandos válidos en la actualidad, pese a haber sido proferidos bajo otra legislación penal. Molina Arrubla, C.M. Óp. Cit. P.265.

En igual sentido, “la retribución a la que se compromete el funcionario corrupto está señalada por los verbos *retardar*, *omitir* y *ejecutar*” (Ferreira,1982, p.108), lo cual deberá hacer el agente estatal respecto de los actos propios de su cargo. Aunque se trata de dos comportamientos diferentes, toda vez que, uno supone el retraso en la realización de la función y con el otro, simplemente, esta no tiene lugar, comparten un rasgo común: ninguno supone la ejecución de un acto fuera de la competencia del servidor público.

Pacheco (1972), habla de una traición a los deberes del cargo “dejando de hacer, o no haciéndolo en su debido tiempo, lo que está obligado a hacer”. Mientras que, para Gómez Méndez y Gómez Pavajeau (2004), esta es la forma más grave entre las modalidades del cohecho, por denotar la ejecución de acciones contrarias a los deberes oficiales, diferente a las otras modalidades del cohecho en las que la ilegalidad se deriva de la violación del deber de no recibir emolumentos no autorizados.

Con la omisión, se incumple el deber consistente en la realización del acto, se deja “de hacer el acto que el funcionario debía llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones”. Mientras que el retraso consiste en no realizarlo en el término que está previsto para ello, en su lugar, se decide “diferirlo, demorarlo, detenerlo o entorpecerlo”. Molina (2003) propone como criterio diferenciador entre la omisión y el retardo, dada la dificultad que en la práctica ello a veces supone⁹⁸, la perdurabilidad de la posibilidad de llevar a cabo el acto o no. Si no hay tal perdurabilidad, se tratará de una omisión.

Es de agregar que ambas conductas deben darse respecto de actos “propios del cargo” del servidor público que las comete, los cuales deberán pertenecer a “la órbita de su jurisdicción y competencia cuanto porque sea el que de acuerdo con la ley o la justicia deba realizar” (Pacheco, 1972, 182)⁹⁹.

Por el contrario, la tercera modalidad típica es la ejecución del acto en contraposición de los deberes oficiales del cargo del funcionario. Sobre ella, autores como Pérez (1978)

⁹⁸ Lombana hace una expresa mención de la práctica jurídica en la que frecuentemente se ven incumplidos términos judiciales como administrativos, por causas ajenas al reproche penal. Lombana Villalba, J. Óp. Cit. P.461.

⁹⁹ Molina sugiere que, de negociarse un acto que no hace parte de esta órbita funcional, podría configurarse una estafa o de tratarse de una la omisión o el retardo constitutivos de un delito, se estaría ante un concurso penal. Molina Arrubla, C.M. Óp. Cit. P.266.

afirman que existe un dolo mayor, por ser la imposición de la arbitrariedad del servidor de cara a las obligaciones propias de su órbita funcional. Sobre este punto, se discute la definición de los “deberes oficiales”, en contra de los cuales actúa el servidor público. Una posición se rehúsa a reconocer la posibilidad de tipificar la conducta del agente estatal por la desobediencia a deberes genéricos o comunes a todos los funcionarios, de manera que se exige que se trate de deberes y órdenes de servicio de exclusiva competencia del sujeto activo.

Esta postura ha hecho carrera, al punto que se ha aceptado una dualidad en la caracterización de esta hipótesis. En primer lugar, es necesario que el funcionario no realice aquello a lo que está obligado y que, mediante el otro acto opuesto, niegue dicha obligación. Y, en segundo lugar, esa obligación negada debe tener su fuente en el ámbito de sus funciones¹⁰⁰ y no en el de normas orgánicas o reglamentos institucionales (Molina, 2003)¹⁰¹.

No obstante, la postura contraria propone una comprensión más amplia de los “deberes oficiales”, útil para los fines trazados en este trabajo. Apuesta por la atribución de responsabilidad penal con ocasión de la violación de deberes generales¹⁰² y principios constitucionales aplicables al caso del servidor público procesado, sin que ello suponga una violación al principio de legalidad y al carácter fragmentario del derecho penal.

En la mayoría de casos, la identificación del principio o deber violentado es de fácil realización por lo grosero de la conducta del servidor. A menudo se olvida que aquellos informan y determinan el contenido de las funciones específicas de cada agente estatal, negadas con su comportamiento delictivo.

El servidor público no solo está obligado a regular su actividad conforme a las normas legales, sino también con sujeción a la dignidad, probidad e imparcialidad que el cargo le impone, y, en consecuencia, al realizar funciones públicas no sólo está regulado por

¹⁰⁰Ferreira sostiene que dichos deberes tan sólo son susceptibles de ser encontrados en la ley, los reglamentos y las ordenanzas y demás fuentes normativas que impliquen al servidor. Ferreira, F.J. Óp. Cit. P.109.

¹⁰¹ Bajo esta corriente, autores como Bernal Pinzón han optado por establecer criterios que permitan identificar el deber oficial. Uno de ellos es la investidura, puesto que, sin la posesión para el ejercicio de la función pública es imposible que el sujeto contraría los deberes oficiales de la misma. Ver: Bernal, Pinzón. J. (1991). Delitos contra la Administración Pública. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. P.129.

¹⁰² En este punto se reitera lo dicho sobre los deberes y prohibiciones contenidos en los artículos 126,127,128 y 180 de la Constitución Política, entre otros, como lo dispuesto por los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002 en el acápite referido a la “Naturaleza del delito de cohecho” del presente trabajo.

las leyes y reglamentos, sino también por estas calidades que regulan la actividad del servidor estatal, lo que es aún más evidente con la expresión “deberes oficiales”, de los que hacen parte tales calidades (Cancino, 2011, p.134).

Aunadamente, contrario a lo que podrían aducir los críticos de esta corriente, la identificación de la norma general o la fuente que da contenido a la competencia o a los deberes oficiales del agente estatal, no funge como factor agravante punitivo per se. Es necesario demostrar un mayor desvalor de acción para que haya lugar a consecuencias punitivas más gravosas. Sin embargo, la discusión parece haberse decidido en la práctica judicial por la CSJ que acogió la primera postura:

Tales *deberes oficiales* se infringen de manera general cuando se realiza una acción opuesta a las obligaciones legales de todo servidor público, pues la Sala ha interpretado que el elemento normativo (...) alude exclusivamente a aquellas que funcional y legalmente le sean inherentes al cargo desempeñado por el servidor público. (CSJ, 2014, P.123)

vi) Tipo subjetivo y ¿tentativa?

Este delito tan sólo admite su comisión dolosa. Algunos autores¹⁰³ sostienen que no hay lugar a la tentativa con base en dos razones: al ser un delito de mera conducta, no exige la realización de un resultado determinado para la activación de la persecución penal.¹⁰⁴ Consecuencia de lo anterior, su momento¹⁰⁵ de consumación es aquél en el que se da el pacto ilícito cuando se acuerda la función, lo que se espera de ella y su retribución. Por lo que, bastaría con que el servidor público reciba la dádiva o acepte la promesa remuneratoria pactada para que se configure el cohecho. En nada afectará al juicio de responsabilidad penal si se consuman los verbos rectores de la conducta.

¹⁰³ Ver: Molina Arrubla, C.M. Óp. Cit. p.270; Gómez Méndez, A. y Gómez Pavajeau, C. p.280; CSJ, Sala de Casación Penal, Auto Interlocutorio del 23 de marzo de 2017. MP: Eugenio Fernández Carlier; CSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de septiembre de 2017. MP: José Luis Barceló Camacho. p.25; C. Const. SU-489 del 13 de septiembre de 2016. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. p.35.

¹⁰⁴No demanda la constatación de un resultado “separable espacio-temporalmente de la conducta. Mir Puig, S. (2016). Derecho penal. Parte General – 10a edición. Barcelona, España: Editorial Reppertor. P.230.

¹⁰⁵ La diferenciación entre las clases de tipos tiene una importancia para efectos de la “determinación del tiempo y lugar del delito”. Ibíd. P.230

Sin embargo, la doctrina mayoritaria¹⁰⁶ considera que en los delitos de mera conducta cabe la tentativa si la realización de la conducta o su inicio no agota o consuma de forma inmediata el delito. Pero si se sostiene que la tentativa, al igual que la consumación, constituye un ataque indebido al bien jurídico, se sancionaría la lesión al interés jurídico que se produce sin la necesidad de constatar la aparición de un determinado resultado, porque es tal lesión la que da lugar al delito de tentativa (Reyes Alvarado, 2016). Por lo que habrá tentativa en aquellos eventos en los que el recibimiento del dinero, utilidad o la aceptación de la promesa remuneratoria hayan iniciado sin lograr su consumación o agotamiento por causas ajenas a la voluntad del servidor público.¹⁰⁷ Se reitera que el momento en el que esto suceda el agente deberá ostentar la condición de servidor público, salvo las precisiones hechas en el acápite relativo al sujeto activo del delito.

c) Cohecho por dar u ofrecer: “Peca por la paga como quien paga por pecar”¹⁰⁸

Sobre este tipo penal no se harán mayores precisiones al haberse establecido que el objeto de interés lo constituye la conducta realizada por el servidor público. A pesar de esto, las consideraciones dogmáticas generales hechas sobre el cohecho propio, su origen y persecución penal aplican para esta conducta, salvo aquellas relacionadas con el sujeto activo y el objeto material del delito.

Quizás una de las particularidades a resaltar es la intención consagrada en el anteproyecto de código penal de 1974, en el que se pretendió la exoneración de toda responsabilidad penal del particular que confesara y además aportara pruebas de la

¹⁰⁶ Parte de la doctrina ha sostenido la existencia de una identidad estructural entre la tentativa y los delitos de mera actividad o de peligro. Lo cual ha sido criticado por quienes se niegan a considerar que la tentativa sea un delito. “Con dicha identificación estructural nos encontraríamos ante la imposibilidad de plantear la tentativa punible de un delito de peligro concreto, ya que si requisito para ello es la causación de un resultado de peligro, su tentativa supondría automáticamente su consumación”. Alcácer Guirao, R. (2006). *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, p.42. Bajo estas consideraciones, Altwart afirma que la diferencia estructural entre la tentativa y el delito de mera actividad o peligro, no es esencial, sino gradual o cuantitativa respecto de la “medida del peligro”. Puesto que la tentativa constituye un peligro aún más alejado de la consumación que el delito de peligro. Altwart, H. (1982). *Strafwürdiges Versuchen*. Pp.178-179

¹⁰⁷ “La tentativa, como dispositivo amplificador del tipo supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del iter criminis correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento”. CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de noviembre de 2018. MP: Eyder Patiño Cabrera. P.18.

¹⁰⁸ Expresión utilizada por Gómez Méndez y Gómez Pavajeu en la explicación de este tipo penal. Ver: Gómez Méndez, A. y Gómez Pavajeau, C.A. Óp. Cit. P.288.

corrupción del servidor público¹⁰⁹. Empero, ni en el Código Penal de 1980, ni en las modificaciones incorporadas por el Estatuto Anticorrupción de 1995, se admitió dicha cláusula, por considerarla un aval de la impunidad para quien había fungido como corruptor¹¹⁰ (Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2004). Esto se debe a que el cohecho por dar u ofrecer, artículo 407 del Código Penal, responde a la bilateralidad antes mencionada que persigue al corruptor quien, mediante la entrega o el ofrecimiento de dádivas o utilidades al servidor público, logra:

i) Retardar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales” (artículo 405 ibídem); (ii) por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones” (artículo 406, inciso primero, ibídem), o (iii) dar dinero u otra utilidad a un funcionario que esté conociendo de un asunto en el cual tenga interés ese particular (artículo 406, inciso segundo, ibídem). (CSJ, 2014, p.10)

El particular puede pretender del agente estatal, la comisión de un cohecho propio, impropio o aparente¹¹¹. De forma que, cuando aspire a lo primero, deberá entregar o realizar un ofrecimiento para que el servidor público retarde u omita los actos de su cargo o ejecute un acto contrario a sus deberes oficiales. En cuanto a su sanción, la misma obedece a una

¹⁰⁹ Sobre este punto Molina señala dos hipótesis que, para Carrara, eran exonerativas para el particular. La primera de ellas se refería a la persona que con el cohecho trataba de librarse de un grave castigo a imponérsele, mientras que la segunda, se refería a la denuncia del servidor público con quien habría cohechado. Ver: Molina, Arrubla, C. Óp. Cit. P.257; F. Carrara. Óp. Cit. P.112

Huelga decir que la autora de este trabajo no comparte ninguna de las dos hipótesis anteriores, especialmente referida aquella referida al particular que corrompe y luego denuncia al servidor. Consciente de las críticas, Carrara afirmó en su momento que exonerar de responsabilidad al corruptor tenía dos ventajas: El temor infundido en los funcionarios al pensarse traicionados por quienes los compran y la ayuda brindada en materia probatoria para constatar la ocurrencia del ilícito. Empero, en la mayoría de ocasiones de comisión de este reato el interés perseguido por el corruptor es de gran valía para este, razón por la cual es poco probable obtener su confesión y denuncia. De la misma forma en que aceptar una punibilidad menor por las dificultades probatorias de un evento delictivo, sería reconocer una incapacidad estructural del Estado en el ejercicio del ius puniendi que, además, puede ser predicable de muchas otras clases de delitos.

¹¹⁰ En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-709 de 1996, acusó al artículo 24 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), de carecer de coherencia conforme al ordenamiento jurídico colombiano. Con esto, la Corte optó por plantear un conflicto entre los principios de eficiencia y moralidad pública. Si bien, la Corporación admitió que la norma era eficiente al pretender debilitar los acuerdos producto de la corrupción entre particulares y servidores públicos, la encontró altamente violatorio de la moralidad pública al amparar la situación de impunidad y renunciar a la persecución penal del corruptor.

¹¹¹ La diferencia entre el cohecho propio y el impropio no es un tema a tratar en este documento. No obstante, basta con señalar que incluso dentro de la norma del artículo 406, no sólo se encuentra el comportamiento que apunta al pago por la función pública a la que está obligado el servidor, sino la de aquél servidor que recibe o acepta la promesa motivada en el interés en los asuntos de su competencia.

lógica que alimenta el derecho penal de acto y culpabilidad. Cada quien será responsable por las consecuencias de sus conductas y no por las de otros, por lo tanto, la tipicidad de las acciones del particular en este caso no está condicionada a la aceptación del servidor público, dada la lesividad de su comportamiento frente al bien jurídico protegido (CSJ, 2014).

Así mismo, la CSJ (2104) maneja la tesis conforme a la cual este delito tan sólo será bilateral cuandoquiera que el servidor reciba o acepte la dádiva o utilidad ofrecida. No obstante, lo que la Corte entiende como “bilateralidad típica”, consiste en una calificación doctrinal innecesaria hecha entre el cohecho pasivo y activo. Puesto que se debe examinar la conducta de servidor público y la del particular para determinar cuál de ellas fue típica. La existencia de los dos tipos penales, de forma diferenciada y autónoma, releva de la necesidad de entablar una interdependencia entre los sujetos del reato.

En síntesis, al igual que el cohecho propio, el cohecho por dar u ofrecer admitiría tentativa siempre que la entrega o el ofrecimiento fueran frustrados por razones ajenas a la voluntad del particular¹¹². Es irrelevante si el servidor se queda con lo entregado o acepta el ofrecimiento, bastará con que el sujeto activo ejecute cualquiera de los comportamientos mencionados para que configure el delito; al ser un tipo de peligro de consumación instantánea, “se perfecciona con la realización simple de cualquiera de las acciones que el tipo consagra en forma alternativa (Dar u ofrecer), independientemente del resultado obtenido” (CSJ, 2018, p.5).

A continuación, se tratarán los temas relacionados con el proceso de licenciamiento ambiental, la comisión del cohecho propio por parte del servidor público a su cargo y la posible existencia de un concurso entre este delito y el prevaricato por acción cuando, producto del acto de corrupción, se profiere una licencia ambiental para proyectos o actividades económicas o industriales de alto impacto.

¹¹² “Por ejemplo, si A se propone realizar una oferta a B, con la naturaleza del cohecho, para lo cual envía la promesa de la dádiva a través de un escrito, remitido por correo; y al llegar a la entidad, los encargados de seguridad leen el contenido e informan a las autoridades, antes de que el servidor público destinatario la conozca”, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia del 21 de marzo de 2014, MP: Fernando León Bolaños Palacio.

Capítulo 2

La comisión de los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción en el trámite de licenciamiento ambiental de Proyectos de Interés Nacional y Estratégico

Una vez agotado lo relativo a la explicación dogmática del cohecho propio, se abordará lo atinente al trámite de licenciamiento ambiental de actividades, obras o proyectos¹¹³ económicos e industriales de gran magnitud, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano. Debido a la extensión de la materia, se plantearán tres objetivos específicos para acotarla: Comprender la naturaleza, fines e importancia de la licencia ambiental como instrumento de protección del medio ambiente, los derechos de las personas y límite de la libertad económica (1), identificar los insumos previos y necesarios para la expedición de la licencia ambiental con un enfoque en el componente socioeconómico en el que se pueden producir impactos como el desplazamiento involuntario con ocasión de un proyecto (2) y establecer si el otorgamiento irregular de una licencia ambiental en connivencia da lugar a la configuración de un concurso real heterogéneo entre los delitos de cohecho propio y el prevaricato por acción (3). El estudio de la posible ocurrencia del delito de desplazamiento forzado junto a estas dos conductas delictivas realizadas por el servidor público, tendrá lugar en el capítulo tres de este trabajo.

Para lograr los objetivos propuestos se analizará la licencia ambiental en el marco de los esfuerzos internacionales como instrumento de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los impactos ambientales, sociales, económicos y culturales provocados o agravados por esta clase de actividades. Paralelamente, se presentarán los rasgos definitorios de este acto administrativo, su relevancia en el Estado social de Derecho y la gravedad del desconocimiento o violación de los principios y disposiciones que lo regulan (I).

Acto seguido, se presentará el trámite de licenciamiento ambiental procedente para los Proyectos de Interés Nacional o Estratégico (PINES), los insumos necesarios y relevantes para la expedición del acto administrativo con un énfasis en el componente socioeconómico

¹¹³ En este capítulo y en reemplazo de la expresión “proyectos, obras o actividades” se utilizará el término “proyectos” por considerarlo omnicomprensivo de los demás.

y la posibilidad de producción del desplazamiento involuntario de poblaciones como un impacto de estos proyectos (II).

Por último, se identificarán las autoridades competentes en el trámite escogido, sus funciones principales y las conductas que eventualmente podrían dar lugar al delito de cohecho propio y su concurso real heterogéneo sucesivo con el delito de prevaricato por acción, con ocasión de la emisión o proferimiento de la licencia ambiental producto de la connivencia entre la autoridad administrativa y el solicitante (III).

I. La necesidad de protección ambiental enfrentada al “deber” de desarrollo económico de los países.

El primer paso dado por la comunidad internacional hacia la protección y reconocimiento del medio ambiente como derecho del hombre tuvo lugar en la Conferencia¹¹⁴ de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en 1972¹¹⁵ con la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. El principio 1¹¹⁶ de esta Declaración estableció el derecho fundamental del hombre a disfrutar condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad con la obligación correlativa de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras como una manifestación del principio de solidaridad intergeneracional. En igual sentido, los principios 2¹¹⁷ y 4¹¹⁸

¹¹⁴ A través de la Resolución 2398 del 3 de diciembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó la Conferencia que no se realizaría hasta junio de 1972.

¹¹⁵ En Colombia “desde la década de los años 70 ya existía la obligación en cabeza de las entidades públicas y privadas de evaluar el posible deterioro ambiental resultado de la ejecución de una obra con impacto sobre los recursos naturales –“peligro presumible”- y de realizar un estudio ambiental previo para la obtención de las licencias y permisos, el cual no podía limitarse en factores físicos sino además sociales” C. Const. Sentencia T-462ª de 2014, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, p.24. En referencia a la Ley 23 de 1973.

¹¹⁶ “**Principio 1:** El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse.”

¹¹⁷ “**Principio 2:** Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.”

¹¹⁸ “**Principio 4:** El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres.”

establecieron el deber de preservar los recursos naturales y las muestras representativas de los ecosistemas naturales, mediante una planificación dispuesta en el derecho interno de los Estados y la responsabilidad de aquellos en su administración y protección mientras trabajan en pro de su desarrollo económico.

Con esto se reconoció la existencia de un conflicto económico con consecuencias ambientales, ínsito en la necesidad de desarrollo de las naciones¹¹⁹. Así mismo, se planteó una posible solución: conservar las facultades de planeación y autorización de diversas actividades en cabeza del Estado como principal responsable de evitar la degradación ambiental. Para ello, el derecho interno de cada nación diseñaría los instrumentos, mecanismos y procedimientos necesarios que satisficieran las obligaciones y estándares internacionales asumidos por él.¹²⁰

No obstante, la lógica subyacente a los principios de la Declaración, al igual que otros esfuerzos internacionales, ha sido fuertemente criticada por dos razones fundamentales: se considera que promueven acciones positivas en favor del medio ambiente, pero las sujetan a la fuerte necesidad de los mal llamados “países en desarrollo” de trabajar por un sólido crecimiento económico (1) y carecen de fuerza vinculante al ser soft law e inoponibles a poderosos sectores económicos¹²¹ (2) (Rojas Mejía, 2012, 138).

¹¹⁹ “Se reconoció la estrecha relación que existe entre la destrucción ambiental y el modelo económico, es decir, el desarrollo, al declarar que el crecimiento económico no es necesariamente siempre equiparable con progreso, señalando que la problemática ambiental es la consecuencia de un crecimiento económico mal planificado”. Eschenhagen, M.L. (2007). Las cumbres ambientales y la educación ambiental. Revista Oasis N°12. Universidad Externado de Colombia. P.43.

¹²⁰ Quizás uno de los principales logros de esta Conferencia fue la creación del Plan de Acción para el Medio Humano (PNUMA), el cual abarca 109 declaraciones susceptibles de ser divididas en tres áreas: “programa global de evaluación de medio humano, las actividades de ordenación el medio humano, y las medidas internacionales auxiliares de la acción nacional e internacional de evaluación y ordenación” Gafner-Rojas, C.M. (2018). *El derecho Internacional Ambiental y su reflejo en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. p.42

¹²¹ En el caso de la Conferencia de Estocolmo “no se adoptó ningún instrumento jurídico vinculante, debido posiblemente a que se trataba de una ocasión más propicia para el diálogo y la reflexión que para la asunción de obligaciones, por lo que los instrumentos adoptados en esa ocasión fueron en efecto de tipo declarativo y recomendatorio”. Ibíd. P.39. Lo anterior podría interpretarse de una forma diferente a la planteada por Gafner, puesto que es plausible pensar que la no asunción de compromisos vinculantes se debió a la reticencia de la comunidad internacional de asumir obligaciones con un alto costo financiero y económico, como lo es poner límites rigurosos a sus aspiraciones de expansión económica e industrial.

Pese a que los esfuerzos descritos han sido replicados en múltiples instancias e instrumentos internacionales¹²², su eficacia en la práctica ha sido limitada y, en algunas oportunidades, han privilegiado el poder económico que pretenden regular a través de figuras creadas con la pretensión de protección del medio ambiente y los recursos existentes en él, incompatibles con el modelo económico predominante.¹²³

El modelo de desarrollo entendido como crecimiento económico ilimitado, no solo ha generado desigualdades sociales, sino que es la causa de la pérdida de ecosistemas que son necesarios tanto para las generaciones presentes como para las futuras y las demás especies. (Rojas Díaz, D., 2013, p.3)

Al haberse establecido la responsabilidad de los Estados en la planificación del uso, aprovechamiento o explotación de los recursos naturales, de cara a la proliferación de actividades económicas e industriales que requieren de ellos, se avanzó hacia la protección jurídica del medio ambiente en el plano regional y local. En el caso colombiano, tras la promulgación de la Constitución de 1991, se consolidó la idea de una “Constitución Ecológica” integrada por un conjunto de disposiciones normativas¹²⁴ orientadas a la protección del medio ambiente sano. “Es así como nuestra Carta Política en los artículos 8, 79, 80 y 95.8, determina los principios, derechos y deberes generales que deben regir una

¹²² Carta Mundial de la Naturaleza aprobada por la Asamblea General de la ONU (1982); Protocolo de Montreal (1987); Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible en Río de Janeiro (1992); Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en Nueva York (1992) y su Protocolo de Kioto (1997); Cumbre del Milenio en Nueva York (2000); Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (2002); Cumbre del Clima de París (2015), etc.

¹²³ La crítica hecha a los principios de la Declaración de Estocolmo, es predicable de otros instrumentos internacionales. La mayoría de ellos no ha logrado conceder autonomía a los fines de protección, preservación y conservación ecológica por dos razones principales. En primer lugar, la mayoría de estos instrumentos no ha logrado una independencia total entre tales pretensiones y el poder económico global con una fuerte injerencia en las relaciones internas y externas de los Estados. En segundo lugar, la ausencia de mecanismos y salvaguardas que conminen y aseguren el cumplimiento de lo acordado por parte de aquellos.

Ejemplo de lo anterior se puede encontrar en la situación actual de la Amazonía brasileña. No sólo el Estado brasileño incumplió las obligaciones existentes en materia de cambio climático, deforestación y conservación de esta área de especial importancia ecológica, razón del veto impuesto por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en la cumbre del clima en Nueva York a realizar el 21 de septiembre de 2019, sino que, además, ha permitido el aumento de presiones privadas sobre los recursos naturales yacientes en ella. Información tomada de: https://elpais.com/internacional/2019/09/18/actualidad/1568838133_361572.html

¹²⁴ Serían al menos 34 disposiciones constitucionales que comprenden los fines esenciales del Estado, derechos como la vida, la salud, saneamiento ambiental, la función ecológica de la propiedad, la internacionalización de las relaciones ecológicas, la defensa del medio ambiente como parte de las funciones de determinados servidores públicos, entre otros. Ver: C. Const. Sentencia T-411 de 1992, MP: Alejandro Martínez Caballero. Pp.7-8.

correcta relación entre las personas y el ambiente” (C. Const., 2017, p.16). Lo que ha dado lugar a cambios en la forma en la que es justiciable el derecho a un ambiente sano¹²⁵, puesto que su reconocimiento ha transitado de un estatus de derecho colectivo, exigible con el ejercicio de acciones populares y de grupo, entre otras, a uno susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela.¹²⁶ Con independencia de si el amparo tiene una perspectiva ecocéntrica o antropocéntrica, se ha concedido su tutela dada la necesidad de protección y aseguramiento de la pervivencia humana y ecosistémica.

Así mismo, el ordenamiento jurídico colombiano ha diseñado e implementado instrumentos, mecanismos y herramientas en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 80¹²⁷, orientados hacia el desarrollo sostenible, la conservación, restauración o

¹²⁵ La justificación detrás del reconocimiento de este Derecho se relaciona con la existencia de tres obligaciones en cabeza del Estado: respetar a través de la no afectación negativa del medio ambiente, proteger con la regulación normativa del comportamiento del mismo Estado y los particulares y cumplir aquellas medidas de diferente naturaleza adoptadas por el Estado, lo que se entiende en términos de efectividad del derecho. Rojas Díaz, D.A. (2013). *Licencias ambientales en Colombia: límites o autorizaciones para el uso de los recursos naturales*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. p.32.

¹²⁶ Inicialmente se acudió al criterio de conexidad respecto de algunos derechos fundamentales como la vida, salud e integridad personal con los que mantiene una estrecha relación, para justificar la procedibilidad del amparo constitucional frente a situaciones de amenaza o vulneración a través de criterios jurisprudenciales tales como: “(1) Existencia de una conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la amenaza o violación del derecho fundamental, (2) Quien interponga la acción deberá ser la persona directa o realmente afectada en sus derechos fundamentales, (3) Tanto la vulneración como la amenaza sobre el derecho fundamental no podrá ser hipotética y, (4) La orden judicial debe tener como pretensión el restablecimiento del derecho fundamental, no del colectivo”. Sin embargo, hoy en día y cada vez con mayor frecuencia, se reconoce su condición de derecho fundamental autónomo, lo cual garantiza su protección directa por medio de la acción constitucional.

Ver las siguientes providencias de la C. Const.: Sentencias T-415 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón; T-028 de 1993, MP: Fabio Morón Díaz; T-574 de 1996, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-1451 de 2000, MP: Martha Victoria Sáchica Méndez; SU-1116 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett; T-596 de 2017, MP: Alejandro Linares Cantillo; C-401 de 1995, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-595 de 2010, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; T-092 de 1993, MP: Simón Rodríguez Rodríguez; C-432 de 2000, MP: Rodrigo Escobar Gil; C-671 de 2001, MP: Jaime Araujo Rentería; C-254 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández; C-703 de 2010, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-632 de 2011, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (Como se cita en la sentencia T-325 de 2017, p.16). C-595 de 2010, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; C-632 de 2011, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-154 de 2013, MP: Nilson Pinilla Pinilla; T-256 de 2015, MP: Martha Victoria Sáchica Méndez; C-449 de 2015, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; T-080 de 2015, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; T-622 de 2016, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; T-733 de 2017, MP: Alberto Rojas Ríos.

¹²⁷ “**ARTÍCULO 80.** El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

sustitución de los recursos naturales, a través de la planificación estatal de su manejo y aprovechamiento. En este sentido, la Ley 99 de 1993¹²⁸ representa un hito legislativo que no solo dio lugar a la creación del Sistema Nacional Ambiental (SINA) y al Ministerio del Medio Ambiente, sino que incorporó un título¹²⁹ sobre la licencia ambiental, su definición y obligatoriedad, las competencias para su expedición, etc.

Estas disposiciones se fundamentan en dos consideraciones importantes: la creación de instrumentos administrativos como la licencia ambiental que obedece al riesgo de afectación o degradación ambiental que suponen múltiples actividades consideradas indispensables para el ser humano, la necesidad de regulación normativa como límite a la libertad económica (1) y su comprensión como instrumento de prevención de determinados impactos ambientales, sociales, económicos y culturales, al tiempo que tiene la capacidad de mitigarlos, corregirlos, compensarlos y manejarlos una vez se han producido (2).

a) La licencia ambiental: Regulación y límite de la libertad económica.

La jurisprudencia constitucional¹³⁰ es unánime en torno a los fines atribuidos a este instrumento administrativo. Así mismo, se ha ratificado su carácter obligatorio¹³¹ dada la contingencia de afectación sobre los recursos naturales renovables, no renovables, el paisaje y el medio ambiente en general, presente en el desarrollo de las actividades en las que es exigida por el legislador.

De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o

¹²⁸ Mediante la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se reordenó el Sector Público para la gestión y conservación del medio ambiente y recursos naturales renovables y se organizó el Sistema Nacional Ambiental (SINA).

¹²⁹ Ley 99 de 1993, Título VIII, artículos 49 a 62.

¹³⁰ C. Const., Sentencias C-328 de 1995, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-894 de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil; C-813 de 2009, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-129 de 2011, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; T-693 de 2012, MP: María Victoria Calle Correa; C-746 de 2012, MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-462^a de 2014, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-389 de 2016, MP: María Victoria Calle Correa. También se cuenta con la definición dada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, N°974 del 29 de mayo de 1997, CP: Augusto Trejos Jaramillo.

¹³¹ **ARTÍCULO 49. DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA LICENCIA AMBIENTAL.** La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad que, de acuerdo con la Ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental.

reversar, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente. (C. Const., 1999, p.9)

Razón por la cual, se ha presentado como una autorización proferida por una autoridad ambiental competente, a través de un acto administrativo, de la que se hace titular una persona jurídica pública o privada para la ejecución de proyectos con la potencialidad de causar un deterioro grave ambiental o modificar notoriamente determinados paisajes, como lo establece el artículo 50 de la Ley 99 de 1993:

ARTÍCULO 50. DE LA LICENCIA AMBIENTAL. Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.

Sin embargo, se han advertido importantes dificultades como las que se evidencian a continuación. Previo a la expedición de la Ley 99 de 1993, el otorgamiento de permisos y autorizaciones ambientales estaba reglamentado por el Decreto 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Su artículo 28¹³² constituye un importante antecedente, puesto que no sólo estableció la necesidad de una autorización administrativa en aquellos casos de riesgo de deterioro grave de los recursos naturales renovables, sino que además tomó en cuenta los factores físicos, económicos y sociales en la valoración de la incidencia, en una determinada región, de las actividades a autorizar que a su vez requerían de una Declaración de Efecto Ambiental (DEA) y un Estudio Ecológico Ambiental (EEA).¹³³

¹³² “**ARTÍCULO 28:** Para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquiera otra actividad que, por sus características, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, será necesario el estudio ecológico y ambiental previo y, además, obtener licencia. En dicho estudio se tendrán en cuenta, aparte de los factores físicos, los de orden económico y social, para determinar la incidencia que la ejecución de las obras mencionadas pueda tener sobre la región.”

¹³³ Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, artículos 27, 28 y 29, considerados normas precursoras a la licencia ambiental de la Ley 99 de 1993. Gafner-Rojas, Óp. Cit. P.74.

Lo anterior generó múltiples críticas puesto que el otorgamiento de los permisos era considerado complejo, debido a la concurrencia de varias entidades en el ejercicio de las competencias ambientales, según su campo de experticia, respecto de cada componente del proyecto en cuestión. Adicionalmente, se padecía una grave indefinición normativa en cuanto a cuáles proyectos debían surtir el trámite, lo que comportaba una alta subjetividad por parte de la autoridad que los conocía. Esto condujo a que, entre los fines buscados con la regulación de la licencia ambiental, estuvieran:

Simplificar trámites y estudiar, bajo un solo documento, en forma holística, sistemáticamente, todos los impactos que podía producir un proyecto, de manera que en un solo trámite se decidiera sobre las condiciones de uso de todos los recursos naturales renovables necesarios para adelantar el proyecto. (González Villa, 2006, p.370)

Y aunque la regulación ha intentado ser omnicomprensiva de todos los aspectos considerados necesarios y transversales al licenciamiento ambiental, se ha cuestionado la verdadera capacidad de este instrumento administrativo para valorar holísticamente la variedad de impactos generados por un proyecto. Se critica fuertemente la preparación profesional y técnica de las autoridades a cargo de él¹³⁴ al considerar que carecen de una formación integral sobre los aspectos que evalúan, dada la imposibilidad material de contar con una preparación en cada una de las áreas y componentes de los que conocen, lo que es agravado por la concentración de funciones en ellas que a su vez impide la correcta valoración de los impactos y consecuencias de los proyectos y sus actividades.

Lo anterior guarda una estrecha relación con la delimitación y distribución de atribuciones de las autoridades ambientales. Bajo el artículo 52 de la Ley 99 de 1993, la

¹³⁴ Así mismo, no sólo se advierte un conflicto respecto de las capacidades de los profesionales a cargo de los procesos de licenciamiento ambiental, sino que además las presiones políticas a las que a menudo se ven sometidos relativizan la fiabilidad de sus juicios. Al momento de escribirse este trabajo, la presidencia de la República profirió el Decreto 1787 del 04 de octubre de 2019 y nombró como Ministro ad hoc de Ambiente y Desarrollo Sostenible al actual Ministro de Hacienda, Alberto Carrasquilla Barrera, para que emita concepto vinculante en el Consejo Técnico Consultivo de la ANLA, para el licenciamiento ambiental del proyecto de “Explotación Subterránea de Minerales Auro-argentíferos Soto Norte” de la Sociedad Minera de Santander S.A.S. Lo cual ha sido ampliamente cuestionado por la idoneidad del ministro de Hacienda para emitir dicho concepto, de cara a las necesidades ambientales y la manifestación de la voluntad de los habitantes de Bucaramanga y Santander contrarias al proyecto en cuestión.

competencia del Ministerio del Medio Ambiente para el otorgamiento de las licencias ambientales en los supuestos regulados por la norma era privativa. Posteriormente el Decreto 3573 de 2011 trasladaría dicha potestad a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) como autoridad del nivel nacional, entre otras múltiples variaciones legislativas. Actualmente, la sección 2 del Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015¹³⁵, artículos 2.2.2.3.2.2¹³⁶, 2.2.2.3.2.3, 2.2.2.3.2.4 y 2.2.2.3.2.5, compiló las facultades¹³⁷ taxativas del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), la ANLA, las Corporaciones Autónomas Regionales, Corporaciones de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y demás autoridades creadas por la Ley 768 de 2012¹³⁸ en la materia.

Es posible afirmar, a partir de una lectura de las disposiciones citadas del Decreto Único Reglamentario, que la delimitación funcional entre las autoridades mencionadas obedece a criterios técnicos que tienen en cuenta factores cualitativos y cuantitativos como el sector al que pertenece la actividad o su naturaleza, la profundidad de las actividades de exploración sísmica, el diámetro de las líneas de conducción para proyectos de transporte y conducción de hidrocarburos líquidos y gaseosos, el tonelaje anual de la explotación carbonífera, la capacidad en metros cúbicos de agua en el caso de la construcción de presas, represas o embalses, la construcción y ejecución de obras públicas a nivel nacional, proyectos con incidencia en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales o incluso la condición de ecosistemas de especial importancia ecológica o la necesidad de sustracción de reservas forestales, entre otros,¹³⁹ dejando así a cargo de la ANLA aquellos proyectos con magnitudes, dimensiones mayores y materias relevantes en el plano nacional y en cabeza del MADS limitadas autorizaciones con una marcada relevancia ambiental.

¹³⁵ Mediante el cual se expidió el Decreto único del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible.

¹³⁶ Debido a la extensión de las normas no serán transcritas en el presente documento. No obstante, la regulación de los proyectos, obras o actividades consagrada en ella, está dividida en los sectores a los cuales pertenecen: hidrocarburos, minero, hidroeléctrico, eléctrico, energía nuclear, marítimo y portuario, aeropuertos internacionales, obras públicas (red vial, fluvial y férrea nacionales), distritos de riego y drenaje, pesticidas, sustancias materiales o productos sujetos a controles en virtud de instrumentos internacionales, proyectos en las Áreas del Sistema de Parques Nacionales, etc.

¹³⁷ En aquellos eventos en los que las actividades reglamentadas generan un conflicto de competencia al desarrollarse en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales, la ANLA es la autoridad competente para desatar el conflicto, artículo 2.2.2.3.2.6.

¹³⁸ Mediante la cual se adoptó el régimen político, administrativo y fiscal del distrito portuario e industrial de Barranquilla, turístico y cultural de Cartagena de Indias y turístico, cultural e histórico de Santa Marta.

¹³⁹ Decreto 1076 de 2015, artículos 2.2.2.3.2.2; 2.2.2.3.2.3; 2.2.2.3.2.4; 2.2.2.3.2.5

En el presente trabajo se priorizará el análisis de la licencia ambiental en el trámite adelantado por la ANLA, debido a su competencia nacional y las frecuentes críticas de las que ha sido objeto, sin perjuicio de que las consideraciones puedan ser replicadas respecto de los demás trámites regionales o locales a cargo de otras autoridades.

Se trata de una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, con autonomía administrativa, financiera, sin personería jurídica, perteneciente al Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible¹⁴⁰, a la que se transfirieron la mayoría de funciones relacionadas con el proceso de licenciamiento ambiental, su seguimiento, administración, los procedimientos investigativos y sancionatorios con ocasión de aquél, entre otras.¹⁴¹ Con esto se pretendió agilizar y desconcentrar las competencias a cargo del ministerio y descargarlas en una autoridad con la capacidad técnico-científica y administrativa necesaria para el estudio de instrumentos de planificación¹⁴² y su posterior otorgamiento.

De esta forma se garantizaría que aquellas figuras jurídicas que fungieran como límite a la libertad económica, fueran debidamente elaboradas y administradas por una autoridad especializada para tales efectos y, debido a que esto supone una intervención estatal en la economía, se dispuso que su regulación sería facultad privativa del legislador.

“En primer lugar, porque el artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres y que nadie podrá exigir requisitos sin autorización de la ley. Así mismo, dispone que será por medio de ésta que se delimitará el alcance de la libertad económica, cuando lo exija la preservación del medio ambiente. Adicionalmente, debido a que el artículo 334 dispone que la

¹⁴⁰ Esta definición es aportada por el artículo 1 del Decreto 3573 de 2011, en atención a lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 489 de 1998. Al carecer de personería jurídica, la ANLA pertenece al sector centralizado encargado del Ambiente y Desarrollo Sostenible; así mismo, se trata de una desconcentración administrativa que se encarga de transferir las potestades en la toma de decisiones a otras instancias subordinadas al nivel central de la Administración. “El propósito de esta figura, es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos”. Ver: C. Const. C-561 de 1999, MP: Alfredo Beltrán Sierra; C-722 de 1999, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴¹ Decreto 3573 de 2011, artículo 3.

¹⁴² No es posible obviar que junto a la licencia ambiental confluyen otras herramientas previas a su expedición sin las que es imposible comprender su importancia en el Estado social de derecho y que se estudiarán más adelante.

intervención en la explotación de recursos naturales, para preservar un ambiente sano se hará por mandato de la ley. Finalmente, porque el artículo 84 prohíbe imponer requisitos adicionales al ejercicio de una actividad, cuando ésta haya sido reglamentada de manera general”. (C. Const., 2013, p.23)

Sin embargo, pese a la concentración en una sola autoridad de las facultades de limitación de la libertad económica en materia ambiental, garantía de protección de bienes jurídicos constitucionales como “a) la pluralidad de concepciones del ser humano en relación con su ambiente, y b) la diversidad y especialidad de los ecosistemas regionales” (C. Const., 2013, p.24), han aumentado las presiones hacia la flexibilización y la eliminación de requisitos para la ejecución de estas actividades. Esto se ha evidenciado con la constante modificación normativa del ordenamiento jurídico ambiental¹⁴³, bajo argumentos ilegítimos de raigambre política y no técnico-científica.

Un ejemplo de lo anterior, es la eliminación de la licencia ambiental como requisito para determinados proyectos, usualmente por el valor de la inversión ínsita en ellos y la postura asumida de cara a la utilidad de la regulación ambiental, puesto que al evaluar los “beneficios” que sectores como la minería, energía e hidrocarburos aportarían presuntamente a la sociedad colombiana, se califican como principales barreras para la agilidad y viabilidad de su desarrollo, los trámites y permisos ambientales (CONPES, 2013), sin considerar que se trata de herramientas que garantizan el respeto de los derechos de la ciudadanía y el medio ambiente, como es el caso de los procesos de adquisición de predios, la consulta previa y la protección de las relaciones entre comunidades de diferentes regiones.

De forma que se plantea la existencia de diferentes tipos de dificultades para la obtención de la licencia ambiental, mayoritariamente en los PINES, las cuales pueden dividirse entre aquellas que se refieren a la cantidad de trámites que deben realizarse, la ausencia de claridad sobre aquellos y el tiempo prolongado que tardan en total para lograrla.¹⁴⁴ Todo esto, visto en términos de las metas planteadas por cada sector

¹⁴³ Decretos 1753 de 1994, 2150 de 1995, 1421 de 1996, 2183 de 1996, 883 de 1997, 1122 de 1999, 1892 de 1999, 266 de 2000, 1728 de 2002, 1180 de 2003, 1220 de 2005, 500 de 2006, 2820 de 2010 y Ley 1450 de 2011.

¹⁴⁴ El documento CONPES 3672 de 2013 es altamente relevante al reflejar la forma en la que son abordadas las competencias administrativas de las autoridades ambientales. Expresamente se advirtió que “para adelantar los trámites de licenciamiento ambiental en Colombia se deben surtir más de treinta procesos, de

gubernamental involucrado, trunca la inversión y los objetivos planteados para ella.¹⁴⁵ Razón por la cual la simplificación es la respuesta a la que a menudo se acude, sin que se atienda a la naturaleza de los instrumentos, los requisitos de su concesión, las necesidades de las comunidades o el estado general del medio ambiente del país. Se trata entonces de un juicio de valor político despojado de toda cientificidad.¹⁴⁶

Todo lo anterior ha puesto en tela de juicio la armonía deseada entre los fines de desarrollo sostenible y un medio ambiente sano, puesto que el segundo está claudicando de cara al primero. Pese a que los avances científicos y metodológicos deberían informar las políticas públicas para lograr un equilibrio de la “economía mundial con el ecosistema global existente” (Erias, A., y Álvarez-Campana, 2007, p. 86), esto no ha sido posible; quizá la idea de un desarrollo sostenible es una “falacia del pez rojo” que distrae la atención de las problemáticas sociales y ambientales que acarrea para justificar su necesidad.

b) La licencia ambiental: ¿Instrumento con la potencialidad de prevenir, controlar, corregir y mitigar impactos?

Al ser un acto administrativo “por medio del cual las autoridades ambientales emiten un concepto respecto de la petición particular de utilización de los recursos naturales” (CGR, 2017, p.10), tiene una naturaleza definitiva y un contenido que se circunscribe al proyecto presentado en la solicitud elevada, a partir del cual se definirán los deberes, obligaciones y

los cuales 11 son de carácter social, 14 de carácter ambiental, 4 geológicos, 1 arqueológico, en donde intervienen administrativamente 7 entidades estatales y se adelantan en un tiempo estimado que oscila entre los tres y seis años y medio (35 – 78 meses). CONPES. (2013). CONPES 3762 “Lineamientos de Política para el desarrollo de proyectos de Interés Nacional y Estratégicos – PINES”. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación. P.5

¹⁴⁵ “Las dificultades y retrasos en la obtención de las licencias ambientales que requiere el sector minero-energético para sus proyectos afectan las metas a corto y mediano plazo, tanto del Gobierno Nacional como de las industrias” Martínez Villegas, A. Problemática sectorial del licenciamiento ambiental. En: García Pachón, M. P. (2012). *Evaluación de Impacto Ambiental*. P.307. Esta opinión es recurrente, especialmente en el sector minero-energético. Empero, la autora de este trabajo no comparte la calificación de “dificultades” utilizada para referirse a algunos de los pasos y trámites necesarios en el licenciamiento ambiental, al considerar que son garantías de los derechos y bienes jurídicos sobre los cuales tienen injerencia esta clase de actividades.

¹⁴⁶ El gobierno actual en el artículo 22 de la Ley 1955 de 2019, ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, incorporó la “licencia ambiental temporal para la formalización minera”, respecto de la cual la autoridad ambiental cuenta con 30 días para decidir sobre la viabilidad de la licencia ambiental temporal para la formalización minera que además durará lo que tarde el proceso de formalización minero. Lo que podría interpretarse como una flexibilización de los requisitos para la operación o ejecución de determinados proyectos que resulta peligrosa para los bienes a proteger con aquella.

restricciones a imponer a su futuro titular (CGR, 2017). Hay quienes¹⁴⁷ consideran que se trata de un acto administrativo simple. En el presente trabajo se sostiene que es complejo al ser una manifestación de voluntad de la Administración que se desprende del “concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas” (C. Const., 2006, p.12) que se consolidan en una decisión con unidad de contenido y fin. Esto se debe a que si bien la mayoría de competencias están concentradas en diferentes autoridades ambientales dependiendo del tipo de proyecto o sus características, su ejercicio supone una articulación del SINA a través de conceptos vinculantes, permisos y trámites¹⁴⁸ que integran el instrumento de gestión ambiental¹⁴⁹. Incluso, para algunas actividades se deben suscribir contratos u obtener permisos adicionales previos a cargo de otras autoridades, de cuya ejecución depende de la obtención de la licencia ambiental.¹⁵⁰

En cuanto a las modalidades de licencias, el Decreto 1753 de 1994, artículo 5, estableció tres clases:

- a) La licencia ambiental ordinaria que no dispone sobre el otorgamiento de permisos, autorizaciones o concesiones; b) la licencia ambiental única, que a solicitud del peticionario incluye los permisos, autorizaciones o concesiones y c) la licencia ambiental global, que puede ser ordinaria o única con competencia exclusiva del Ministerio del Medio Ambiente, hoy la ANLA, en virtud de la cual se autorizan todas

¹⁴⁷ La Contraloría General de la República sostiene que se trata de un acto administrativo simple “debido a que concreta la manifestación de voluntad de un solo sujeto u órgano, en este caso de la Autoridad Ambiental competente”. Ver: CGR. (2017). El proceso administrativo de licenciamiento ambiental en Colombia. Bogotá, Colombia. p.11.

¹⁴⁸ Ejemplos de esto son los permisos de aprovechamiento forestal, la modificación del EOT-PBOT, construcción, uso de suelos, en ocasiones a cargo de las autoridades ambientales del nivel regional o local o competencias exclusivas de la máxima autoridad ambiental nacional, MADS, como los permisos que impacten áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, ecosistemas de especial importancia ecológica o la sustracción de reservas forestales. Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.2.5.

¹⁴⁹ Por instrumento de gestión ambiental debe entenderse el mecanismo a través del cual se ejecuta la política ambiental de un Estado o de una autoridad ambiental. Pueden ser de “planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros”. Andaluz Westreicher, C. (2013). Manual de Derecho Ambiental. Lima, Perú: Editorial Iustitia. P.429.

¹⁵⁰ Como sucede con los contratos de concesión minera otorgados por la Agencia Nacional de Minería para el desarrollo de proyectos mineros que además requieren de la licencia ambiental o la Declaración de Utilidad Pública e Interés Social (DUPIS), competencia del Ministerio de Minas y Energía. Esto puede verificarse en el “Manual de Licencias Ambientales en Colombia” elaborado por PROEXPORT para la ANLA en la página 11 (documento del cual se desconoce su fecha de publicación). También se tiene la certificación de presencia de comunidades étnicas o indígenas que emite el Ministerio del Interior como requisito para la obtención de la DUPIS.

las obras o actividades relacionadas con la explotación de los campos petroleros y de gas, que posteriormente incluye a las explotaciones mineras. (CGR, 2017, p.13)

Posteriormente, el artículo 132 del Decreto Ley 2150 de 1995 eliminó la modalidad de licencia ordinaria, al considerar que este instrumento debía contener todos los permisos, autorizaciones o concesiones necesarios para su ejecución; mientras que el Decreto 2820 de 2010, en cuanto a la actividad minera, estableció que la licencia global cobijaría las diferentes fases de la misma, salvo la actividad de cierre de la explotación (CGR, 2017).

Esta tipología a simple vista no comporta mayores dificultades, pero no se puede obviar que ha sido sometida a múltiples reformas legislativas que han dado lugar a la modificación de algunas de las modalidades mencionadas.¹⁵¹ Pese a que se espera que tales variaciones mantengan los fines atribuidos a este instrumento, en la práctica esto ha sido altamente cuestionado.¹⁵² Por lo general, se identifican como tales, los deberes de prevención y control del deterioro ambiental a cargo del Estado, puesto que es a través de la concesión o denegación de la licencia que los mismos presuntamente son asegurados. (C. Const., 2012)

Tratándose de daños o de riesgos se afirma que en algunos casos es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas y cuando tal hipótesis se presenta opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto

¹⁵¹ El Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 incluyó la “Licencia Ambiental Temporal para la Formalización Minera” que, como un marco de formalización de la actividad minera tradicional, permite el ejercicio de la actividad minera al tiempo que se adelanta el proceso para su autorización y formalización a partir del otorgamiento del contrato de concesión minera o la anotación en el Registro Minero Nacional del subcontrato de formalización, para que posterior a ello, el interesado tramite la correspondiente licencia global. Esto podría criticarse en el marco de los principios de precaución y prevención, puesto que, si bien esta figura de formalización podría equipararse a la normalización fiscal, no da claridad sobre si la actividad minera tradicional se refiere a las actividades de subsistencia o pequeñas o si incluye también actividades medianas y de gran minería, cuyos impactos parecen desbordar la figura.

¹⁵² En la mayoría de modificaciones introducidas vía decretos se critica el hecho de que aquellos no cuentan con los anexos técnicos o una fundamentación que sustente las decisiones tomadas, “en ninguno de los casos hay una evaluación técnica de los impactos ambientales que producen o pueden producir las actividades o proyectos que entran o salen de las listas”. Sleman-Chams, J. y Velásquez Muñoz, C. (2016). La licencia ambiental: ¿Instrumento de comando y control por excepción? Vniversitas. N°132. P.506. Esto se ha evidenciado en la mayoría de gobiernos en los que se ha fortalecido la inversión extranjera a costa de la realización desmedida de actividades con un alto impacto ambiental.

ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente. (C. Const., 2010, p.40)

Desde el punto de vista constitucional, la licencia es el instrumento idóneo para imponer diferentes clases de obligaciones y adoptar las medidas requeridas para la prevención del daño ambiental. Empero, esta perspectiva es problemática por varias razones.

En primer lugar, el instrumento de gestión no solo se ocupa de aspectos ambientales; si bien parte de ellos, debe evaluar diferentes componentes y sobre ellos también emitir un concepto. Así, junto a los elementos que integran los componentes abiótico y biótico de un proyecto, con la complejidad que cada uno de ellos comporta, existe un componente socioeconómico, también impactado, que debe ser considerado. Esto plantea la necesidad imperiosa de que la prevención no opere exclusivamente respecto del medio ambiental. Por el contrario, es necesaria de cara a cada factor que guarde relación y pueda verse afectado con el desarrollo o ejecución de la actividad. Ejemplo de esto y objeto de esta tesis es el desplazamiento involuntario y el consecuente reasentamiento de las poblaciones de las áreas de influencia directa de un proyecto, que en su condición de impacto contingente, junto a muchos más, debería ser evitado a toda costa bajo el mandato de la prevención.¹⁵³

Sostener lo contrario, comporta un desconocimiento de la capacidad generadora de conflictos socio-ambientales que tienen el espectro social, económico y cultural y, una vez

¹⁵³ El Banco Mundial en su Política Operacional sobre Reasentamiento Involuntario, advierte que de no frenarse el reasentamiento involuntario que tiene lugar con ocasión de determinados proyectos, se abre la puerta a problemas económicos, sociales y ambientales. Razón por la cual, sostiene como un objetivo de esta política la evitación o reducción de los reasentamientos involuntarios a partir del estudio de todas las opciones posibles de un proyecto. Banco Mundial. Manual de Operaciones del Banco Mundial: Política Operacional 4.12 de diciembre de 2001. P.1.

Pese a que esta Política Operacional es frecuentemente utilizada por las autoridades ambientales para señalar la existencia de determinados parámetros en la creación de programas de reasentamiento e incorporada por los solicitantes de licencias ambientales en sus Planes de Manejo Ambientales, la misma es, problemática. En primer lugar, porque solo es vinculante para aquellos proyectos cuya fuente de financiación es el Banco Mundial y, en segundo lugar, porque esta institución financiera internacional ha sido altamente cuestionada, debido a que sus políticas y los lineamientos que imponen para el otorgamiento de las ayudas económicas en ocasiones son las que promueven esta clase de fenómenos. “Durante 2004 y 2013, aproximadamente el treinta por ciento de los proyectos de desarrollo financiados por el Banco Mundial fueron los causantes del desplazamiento de al menos 3,4 millones de personas. En el caso de América Latina, 31 proyectos ejecutados por el Banco Mundial dieron lugar al desplazamiento arbitrario de 26.262 personas”. ICIJ. (2015). Desplazados y Abandonados. (Recuperado de): <http://projects.huffingtonpost.com/worldbank-evicted-abandoned>.

más, de la naturaleza compleja del acto administrativo en cuestión. Al otorgarse una autorización final sobre las actividades a llevar a cabo en los componentes mencionados y previo a su expedición confluyen otros insumos igual de importantes, encargados de identificar y establecer las medidas adecuadas para cada impacto, respecto de los cuales habrá de darse aplicación al principio en cuestión.

De ahí, la importancia de la preparación y capacidad técnica de evaluación del equipo encargado de tomar esta decisión. En el caso de la ANLA, su director es quien otorga o niega las licencias, permisos o demás trámites ambientales¹⁵⁴ con el apoyo de las Subdirecciones de Evaluación de Licencias Ambientales¹⁵⁵; Seguimiento de Licencias Ambientales¹⁵⁶ y de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales¹⁵⁷ de esta entidad, encargadas de evaluar las solicitudes, definir su viabilidad ambiental, emitir los conceptos técnicos requeridos sobre cada uno de los componentes evaluados y proyectar los actos administrativos definitivos.¹⁵⁸ A pesar de esto, ha sido cuestionada por acudir a la contratación de terceros para la realización de tareas importantes como la evaluación, seguimiento y control de las licencias otorgadas (MSCTIEC, 2017)¹⁵⁹, lo que dejaría entrever la ausencia de modelos de monitoreo propios y una precaria institucionalidad contraria a los fines propuestos con la creación de esta entidad y las funciones que le han sido atribuidas.

Aunado a lo anterior, existe una contradicción implícita en los fines preventivos atribuidos a la licencia. Puesto que también se le atribuyen como objetivos deseables, la mitigación, compensación y corrección de los impactos que ya han tenido lugar al haber sido autorizados o por no haberse evitado. Es claro que la sociedad de riesgo acepta que se causen

¹⁵⁴ Decreto 376 de 2020, artículo 2.

¹⁵⁵ Decreto 376 de 2020, artículo 9.

¹⁵⁶ Decreto 376 de 2020, artículo 10.

¹⁵⁷ Decreto 376 de 2020, artículo 11.

¹⁵⁸ Bajo el Decreto 3573, la anterior Subdirección de Evaluación y Seguimiento contaba con 6 grupos especializados en las áreas de hidrocarburos, infraestructura, energía, presas, trasvases y embalses, agroquímicos y proyectos especiales, minería y 1 grupo de respuesta a solicitudes prioritarias. Mientras que la Subdirección de instrumentos, permisos y trámites ambientales tan solo tenía 1 grupo a su cargo.

Actualmente se desconoce en cuál sentido variará dicha organización interna, en atención a la nueva regulación del Decreto 376 del 11 de marzo de 2020. [Recuperado de]: <http://portal.anla.gov.co/organigrama>.

¹⁵⁹ Sin contar que, de cara al seguimiento y vigilancia de algunos de los aspectos técnicos y científicos de los proyectos autorizados por la ANLA no cuentan con modelos de evaluación propios, sino que dependen de los propuestos por los titulares o propietarios de los proyectos. Lo que evidencia un notorio conflicto de interés propiciado por la autoridad ambiental y sus labores de verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales.

y materialicen algunos riesgos dada la valoración social del beneficio que comportan. No obstante, esto ha amparado la utilización de una lógica perversa detrás de la aplicación de los principios de prevención y precaución¹⁶⁰ vigentes en materia ambiental.¹⁶¹ Esto se debe a que el principio de prevención actúa sobre una causalidad conocida, la certeza de ocurrencia o materialización de determinados daños o peligros que deben ser neutralizados, mitigados o controlados, mientras que la aplicación del principio de precaución es obligatoria en aquellos casos en los que existe el riesgo de daño o peligro para recursos naturales o la salud humana, pese a que no haya certeza científica absoluta sobre ellos, de forma tal que se evite la realización o autorización de determinadas actividades (CE, 2015).

Debido a que en el trámite de licenciamiento ambiental es obligatoria la identificación de todos los posibles impactos y el diseño de cada una de las medidas adecuadas para manejarlos, el principio de prevención permite autorizar actividades que bajo el principio de precaución son proscritas, al considerarlas necesarias de cara a los fines del Estado o de un gobierno en particular. De ahí que las finalidades de mitigación, compensación y corrección no operen una vez que la prevención ha fallado, sino que a la par de ella, admiten en ocasiones afectaciones que implican cargas desproporcionadas para algunos ciudadanos y el medio ambiente con un agravante: en la mayoría de casos los beneficios que a menudo se destacan de esta clase de actividades, generalmente no son para las comunidades que soportan sus consecuencias negativas o no son retribuidos al medio ambiente de forma adecuada.¹⁶²

Otro aspecto a tener en cuenta es la calidad de la información que es aportada a las autoridades mencionadas e incide en la fiabilidad de las consideraciones que estas profieren. Esto se debe a que las metodologías creadas por la ANLA y el MADS aceptan que los

¹⁶⁰ Sentencias C. Const.: C-399 de 2002, MP: Jaime Araujo Rentería; T-1077 de 2012, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-154 de 2013, MP: Nilson Pinilla Pinilla; T-672 de 2014, MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶¹ Ley 99 de 1993, artículo 1.

¹⁶² Es el caso de los pasivos ambientales generados por los proyectos y que a menudo no se ven retribuidos por las diferentes clases de utilidades tributarias o fiscales exigidas a los titulares de aquellos. Así mismo, en la práctica se ha podido apreciar cómo aquellas comunidades que soportan los efectos de las actividades objeto de licenciamiento son las que sufren un mayor empobrecimiento y pauperización, especialmente en el caso de la minería puesto que “en las zonas donde operan las empresas no mejoran los índices de pobreza de estas comunidades. Inclusive, los índices de pobreza resultan ser mayores en estas zonas que en otros municipios con las mismas características, pero donde no hay actividad extractiva”. Tierra Digna. Torres, A., Rocha, J., Melo, D., Peña, R. (2015). El Carbón de Colombia: ¿Quién Gana? ¿Quién Pierde? Minería, Comercio global y Cambio climático. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna. Pp.94-96.

documentos a entregar por el solicitante, exigidos por ley, sean construidos a partir de fuentes secundarias de información. Pese a que se reconoce que la información es fundamental para “predecir la forma en cómo las alternativas y proyectos afectarían al ambiente y la formulación de medidas de manejo para el control de los impactos ambientales” (ANLA, 2018, p.27) y realizar un control y seguimiento posteriores, se establecen criterios¹⁶³ demasiado amplios que confieren una libertad peligrosa en cabeza del solicitante cuando hace entrega de ella.

Por otra parte, el alto nivel de discrecionalidad que la regulación ambiental concede a los solicitantes en el trámite de instrumentos de gestión ambiental ha permitido que los parámetros de evaluación y control sean laxos. Si bien por cada sector se cuenta con Términos de Referencia para la elaboración de todos aquellos insumos necesarios para la solicitud de una licencia ambiental, estos tan solo indican sobre cuáles puntos habrá de pronunciarse el interesado y a su vez proponer las medidas correspondientes para tales efectos. La autoridad competente, a su vez, tan sólo se pronuncia sobre la viabilidad de aquello que le es propuesto, lo que representa un problema importante si se advierte que impactos como el desplazamiento involuntario de una población no deberían ser sugeridos y decididos por quienes requieren causarlos para ejecutar aquello que proponen.¹⁶⁴ Debería ser el legislador el que estableciera a priori y de forma privativa cuándo es procedente una decisión de esta clase y cuándo no tiene lugar en el marco de determinadas actividades en

¹⁶³ La ANLA y el MADS exigen “pertinencia, relevancia, precisión, interpretabilidad, coherencia, comparabilidad, transparencia y confiabilidad, junto al aporte de información de la mejor calidad posible”, sin establecer cuáles son los parámetros a tomar en cuenta para determinar si lo entregado por los solicitantes cumple con estos criterios o no. A la autoridad le basta con exigir fuentes como revistas científicas, publicaciones académicas de centros o instituciones de investigación y que hayan “tenido un proceso idóneo de gestión”, obviando que muchas de esas fuentes no representan una verdad científica absoluta, sino que están sujetas a discusión. Adicionalmente, se sugiere un listado de fuentes para utilizar, pero ello solo es una recomendación. ANLA. Óp. Cit. p. 28, 29, 36 – 42.

¹⁶⁴ En este punto, de nuevo se hace alusión al desplazamiento involuntario como impacto aceptado por la legislación ambiental colombiana. Pese a su magnitud y las consecuencias que del mismo se pueden derivar, es el solicitante el que debe plantear la necesidad de desplazar y posteriormente reasentar a una comunidad o población. De manera que, la autoridad ambiental tan sólo verificará la caracterización y las medidas compensatorias propuestas por el solicitante, sin realizar consideraciones adicionales sobre los impactos acumulativos que esto puede tener sobre los afectados y el territorio en general. Esto permite afirmar que el trámite de licenciamiento ambiental no es llevado a cabo con un enfoque de Derechos Humanos que reconozca las relaciones comunitarias, territoriales y de naturaleza ecosistémica. Por ende, se puede convertir en un factor de riesgo o en una causa de violación de aquellos.

garantía de los Derechos Humanos de las poblaciones y su debida protección frente a los conflictos de interés presentes en los solicitantes.

Por último, el alto riesgo de corrupción en general en el trámite ambiental trastoca los fines predichos de él.¹⁶⁵ Todos los aspectos mencionados como problemáticos propician en últimas la corrupción. Tanto los vacíos legislativos, la flexibilidad normativa, las deficiencias institucionales en el control y seguimiento de los trámites como la ausencia de información completa sobre los perfiles de los solicitantes que coadyuvan a combatir conflictos de intereses, favoritismos o la incapacidad de monitorear el cumplimiento de las obligaciones impuestas sin que medien sobornos para ello, impiden que la licencia ambiental se ejecute de conformidad con los fines previstos (MSCTIEC, 2017), lo que además genera consecuencias negativas de gran envergadura como las que se plantearán a continuación.

II. Los Proyectos de Interés Nacional o Estratégico: principales dificultades y riesgos en su evaluación y autorización.

La anterior presentación general de las críticas hechas al licenciamiento ambiental se aterrizará en el marco de los PINES, dada la relevancia que han adquirido con ocasión de su creación, la forma en que son percibidos y ejecutados en el territorio nacional y los efectos que de ellos pueden derivarse de advertirse escenarios de corrupción en su tramitación.

Respecto de su creación, el Departamento Nacional de Planeación en el documento Conpes 3672 de 2013 estableció los lineamientos para identificar y calificar determinados proyectos pertenecientes a los sectores de infraestructura, hidrocarburos, minería y energía

¹⁶⁵ Esta preocupación está presente desde la misma creación del SINA. Así lo ha manifestado Manuel Rodríguez Becerra, promotor de la creación de dicho sistema y primer Ministro del Medio Ambiente, desde 1996 cuando la sombra de la corrupción amenazaba la fiabilidad de los instrumentos de gestión ambiental y por ende la protección del medio ambiente. Esto hizo que cuestionara las causas de la impunidad de funcionarios y particulares que en connivencia alteraban los fines propuestos para estas herramientas, al tiempo que arriesgaban los recursos naturales, la estabilidad y existencia misma del medio ambiente: “¿A caso conocemos de funcionarios públicos que estén pagando cárcel por haber vendido un valioso bosque o una licencia ambiental? ¿Acaso conocemos de industriales que estén pagando condena por haber contaminado en forma letal una fuente de agua? ¿O por haber sobornado a un burócrata público, en pos de violar la ley? ¿Se sabe de algún hacendado o campesino rico que haya sido sancionado en forma ejemplar por destruir un bosque de singular riqueza biológica o vital para la conservación de una fuente de agua? ¿O de algún funcionario público que haya sido destituido por haber dirigido la construcción de una obra pública violando las más elementales normas ambientales?”. Rodríguez Becerra, M. (1996). La corrupción y la impunidad: dos grandes protagonistas del deterioro ambiental. *Revista Ozono*. N°11. Bogotá, Colombia. Pp.4-5.

como PINES¹⁶⁶, al tiempo que justificó su importancia con relación al crecimiento, desarrollo social y los efectos esperados sobre el sector productivo en términos de “conectividad y acceso de la población a los servicios, como por su papel determinante en el desarrollo regional y local, la inversión extranjera y nacional y en la integración nacional e internacional” (CONPES, 2013, p.4). Así, definió un conjunto de criterios aplicables para toda clase de proyectos, con independencia de su origen público¹⁶⁷ o privado, para establecer su posible pertenencia a esta nueva categoría.

Actualmente, para que un proyecto sea considerado un PINE debe aumentar de manera significativa la productividad y competitividad de la economía en el plano nacional o regional (1), impactar significativamente la creación o generación de empleo directo, vía encadenamientos y/o la inversión de capital (2), generar retornos positivos a la inversión y ser sostenible en el plano operacional (3), aumentar la capacidad de exportación de la economía nacional (4), generar ingresos significativos tanto a la Nación, como a sus regiones (5) o contribuir a la satisfacción de las metas previstas en el Plan Nacional de Desarrollo (6) (CONPES, 2013).

No obstante, pese a que los criterios enunciados presuntamente buscarían la obtención y el aumento de determinadas utilidades para el grupo social, diferentes sectores y en general para la economía nacional, en ellos no se incluyeron elementos técnico-científicos cualitativos, cuantitativos o econométricos que aportaran a su definición o concretización. Así mismo no se establecieron parámetros a tener en cuenta para acreditar, comparar o evaluar cada uno de los rasgos propuestos cuandoquiera que el interesado en la declaratoria del PINE debiera justificar su solicitud. Tan sólo se presumió que su ejecución tendría la

¹⁶⁶ “Los lineamientos de política para la identificación y priorización de proyectos en infraestructura, hidrocarburos, minería y energía considerados como de interés nacional y estratégicos - PINES, y define aspectos relevantes a resolver relacionados con los trámites y procedimientos requeridos para formular y ejecutar dichos proyectos”. CONPES. Óp. Cit. P.3.

¹⁶⁷ Cuando quiera que el proyecto analizado tenga un origen público, además de los criterios señalados, deberá satisfacer tres requisitos adicionales: “Que el proyecto esté incluido en el Plan Plurianual de Inversiones del PND y/o en las proyecciones de Marco de Gasto de Mediano Plazo (1), que cuando se trate de proyectos viales, hagan parte de los corredores que son considerados como estratégicos para el Estado Colombiano, o que éstos conecten áreas productivas o regiones estratégicas y de consumo con los puertos marítimos, aeropuertos y pasos de frontera, que potencien el comercio exterior (2), que contribuyan a aumentar la capacidad instalada en energía e hidrocarburos, la confiabilidad del sistema interconectado nacional, la seguridad energética y las obligaciones de la energía en firme (3)”. CONPES. Óp. Cit. P.13.

capacidad suficiente para potenciar los diferentes sectores de la economía nacional y regional, aumentar el empleo, retribuir altas tasas de beneficio, externalidades positivas y activos en materia económica y social.¹⁶⁸

En ninguna parte se hizo expresa mención del retorno que estos proyectos están llamados a dejar en el plano ambiental y social.¹⁶⁹ Por el contrario, como ya fue mencionado, se enfatiza con preocupación en las “dificultades” advertidas en los trámites de licenciamiento ambiental, tales como, el tiempo de otorgamiento y modificación de las licencias, lo que incidiría directamente en las metas propuestas para cada sector y en la inversión de la cual podría beneficiarse cada uno de ellos.

De forma descontextualizada, el documento presenta diferentes ejemplos internacionales de lo que se creen procesos de licenciamiento eficaces y por ende exitosos, a través de comparaciones vagas e imprecisas de las políticas de naciones como Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Sudáfrica, Filipinas y Perú, para concluir de ello la necesidad de simplificar los requisitos y reducir los tiempos del examen de viabilidad de estos proyectos en el caso colombiano.¹⁷⁰

¹⁶⁸ La definición de los criterios mencionados al interior del ordenamiento jurídico colombiano no ha sido pacífica. La ley 1753 de 2015 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país” en su artículo 49 hizo alusión al “alto impacto en el crecimiento económico y social del país” que deben tener los PINES como fundamento de la facultad expropiatoria de la Administración por motivos de utilidad pública e interés social. En este sentido, la Corte consideró que “el Legislador no estableció en el Plan de Desarrollo un parámetro para determinar qué constituye un alto impacto sobre el crecimiento económico para efectos de la competencia atribuida al CIPE. Por otra parte, tampoco resulta claro a qué se refiere la disposición demandada cuando alude a un “*crecimiento ... social*”. No es posible determinar qué aspectos o factores sociales son los que constituyen este crecimiento, o si se trata solamente de la redistribución de los beneficios del crecimiento económico. En fin, la expresión de crecimiento social, y la indeterminación respecto de la magnitud del crecimiento económico necesaria para que la CIPE ejerza su facultad de calificar un proyecto como PINE, no permiten establecer cuál es el límite al ejercicio de dicha facultad”. De manera que, debía declararse la inexecutable del inciso tercero de la norma mencionada, puesto que dicha indefinición podría dar lugar a la violación al derecho a la propiedad de los particulares por un abuso en las facultades estatales antes mencionadas al atar la expropiación por motivos de utilidad pública al criterio impreciso escogido por el legislador. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado. P.99.

¹⁶⁹ El plano social entendido más allá de las metas económicas y los indicadores utilizados por el documento CONPES 3672 de 2013.

¹⁷⁰ La lógica de este documento, igual a las de las Leyes 1450 de 2011 y 1753 de 2015 mediante las cuales se aprobaron los PND para los periodos de 2010-2014 y 2014-2018, es absurda, puesto que se confunden los problemas propios de la burocracia estatal y se utilizan como argumento para justificar una reducción de requisitos y tiempos para la tramitación de una licencia ambiental de cara a proyectos de gran envergadura.

Por otra parte, en lo que atañe al procedimiento de validación de un proyecto como PINE, se dispuso que aquel ministerio perteneciente a alguno de los sectores mencionados, cuya misión institucional guardara una relación con el objeto del proyecto a evaluar, coordinaría los esfuerzos en torno a la verificación de los criterios expuestos, los describiría y justificaría en comunicación enviada a la Comisión Intersectorial de Infraestructura y Proyectos Estratégicos (CIPE)¹⁷¹ para que fuera esta quien, posteriormente, los estudiara y validara.

Al respecto, la sección 12 del Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015 reunió la totalidad de disposiciones existentes sobre esta materia. En sus artículos 2.2.2.3.12.2¹⁷² y 2.2.2.3.12.3¹⁷³ se enlistan aquellos escenarios en los cuales la competencia para su

En lugar de evaluar una correcta articulación del SINA, dotada de eficiencia y eficacia, se afecta el instrumento no respecto de las autoridades que deben otorgarlo o no, sino respecto de su naturaleza, funciones y fines.

¹⁷¹ A través del CONPES 3672 de 2013 se ordenó la modificación del Decreto 2306 de 2012 con el fin de dotar de nuevas competencias a la Comisión Intersectorial de Infraestructura que pasaría a ser conocida como la Comisión Intersectorial de Infraestructura y Proyectos Estratégicos. El presidente de esta comisión, sería el consejero presidencial encargado del Sistema Nacional de Competitividad y de las relaciones con el sector privado. CONPES 3672 de 2013. Óp. Cit. pp.19-20.

¹⁷² **“ARTÍCULO 2.2.2.3.12.2. *Ámbito de aplicación.*** La presente sección tiene por objeto reglamentar lo previsto en el artículo 510 de la Ley 1753 de 2015 sobre los proyectos, obras o actividades que sean validados como de interés nacional y estratégicos (PINE) por la Comisión Intersectorial de Infraestructura y Proyectos Estratégicos -CIPE-, que deberán o podrán, según el caso, ser de competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- en los siguientes eventos: **1.** Proyectos, obras o actividades que no han iniciado trámite administrativo alguno ante las Corporaciones Autónomas Regionales tendientes a obtener Licencia Ambiental o permiso para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, deberán adelantar la actuación administrativa ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA. **2.** Proyectos, obras o actividades que cuenten con Licencia Ambiental o permiso, para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que requieran modificación de estas autorizaciones o la obtención de un nuevo permiso, deberán adelantar la actuación administrativa ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA. **3.** Proyectos, obras o actividades que cuenten con Licencia Ambiental o permiso, para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que se encuentren tramitando la modificación de estas autorizaciones o la obtención de un nuevo permiso ante las Corporaciones Autónomas Regionales, podrán adelantar la actuación administrativa ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA. **4.** Proyectos, obras o actividades que a la fecha de entrada en vigencia de la presente sección se encuentren tramitando, Licencia Ambiental o permiso, para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, podrán adelantar la actuación administrativa ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA”.

¹⁷³ **“ARTÍCULO 2.2.2.3.12.3. *Competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ANLA.*** Las actuaciones que se realicen ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, -ANLA, no podrán fraccionarse bajo ninguna circunstancia y deberán tramitarse, en forma integral y exclusiva y con base en los siguientes criterios: **1.** Los Proyectos, obras o actividades que se encuentren bajo las circunstancias definidas en el numeral 1 del anterior artículo, son competencia exclusiva de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA, la cual tramitará integralmente dicha actuación administrativa. **2.** Los Proyectos, obras o actividades que se encuentren definidas bajo las circunstancias del numeral 2 del precedente artículo y en los cuales el titular de la actuación administrativa pretenda tramitar la modificación de la licencia ambiental o de

licenciamiento, modificación o desistimiento recae sobre la ANLA y en el artículo 2.2.2.3.12.5¹⁷⁴ se obliga a la CIIPE a informar a la ANLA sobre la validación de los proyectos como PINES.

En cuanto al número de proyectos validados como PINES, para julio de 2015 se habían aprobado 78: “11 de energía, 15 de minería, 20 de hidrocarburos, 31 de infraestructura, 1 de comunicaciones” (CGR, 2017, p.17). Hoy en día algunos de los PINES que tienen mayor relevancia en el plano nacional pertenecientes al sector minero son: “La Colosa” de Anglo Gold Ashanti (Tolima), Gramalote de Anglo Gold Ashanti y B2 Gold, “Buriticá” de Continental Gold, “Quebradona” de Anglo Gold Ashanti y B2 Gold (Antioquia), “Centro del Cesar (El Paso, Becerril, La Jagua de Ibirico y Chiguaná)” de Drummond, “Calenturitas” de C.I Prodeco S.A – Glencore, “El Hatillo y La Francia” de Murray Energy Corporation, “La Jagua” de C.D.J S.A.; C.M.U S.A. y Carbones del Tesoro

los permisos, deberá radicar la solicitud ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, quien a su vez requerirá a la Corporación Autónoma Regional para que remita el expediente en el estado en que se encuentre, el proyecto, obra o actividad en su integralidad, en los términos de la Ley 594 de 2000 o aquella que la modifique o sustituya. Una vez recibido el expediente la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, procederá a avocar el conocimiento del mismo y a dictar el acto administrativo de inicio de trámite a que haya lugar. **3.** Los Proyectos, obras o actividades que se encuentren definidos bajo las circunstancias del numeral 3o del anterior artículo y en los cuales el titular de la actuación administrativa opte por presentar el desistimiento del trámite en los términos del artículo 18 de la Ley 1437 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya, la Corporación Autónoma Regional deberá remitir el expediente en su integralidad en el estado en que se encuentre, al momento de la presentación del escrito de desistimiento, en los términos de la Ley 594 de 2000 o aquella que la modifique o sustituya. Las Corporaciones Autónomas Regionales, deberán remitir el expediente en las condiciones plasmadas en el inciso anterior, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación del escrito de desistimiento.

Una vez recibido el expediente la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, procederá a avocar el conocimiento del mismo y a dictar el acto administrativo de inicio de trámite a que haya lugar. **4.** Los proyectos, obras o actividades que se encuentren bajo las circunstancias definidas en el numeral 4 del anterior artículo y en los cuales el titular de la actuación administrativa presente el desistimiento del trámite en los términos del artículo 18 de la Ley 1437 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya, ante la Corporación Autónoma Regional, podrá iniciarlos nuevamente ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-. Las Corporaciones Autónomas Regionales que se encuentren tramitando, Licencia Ambiental o permiso, para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, bajo las circunstancias del numeral 4 del precedente artículo perderán competencia desde el momento en que se radique la solicitud de desistimiento por parte del titular del proyecto, obra o actividad.

PARÁGRAFO. Los tramites tendientes a la obtención y modificación de la licencia ambiental o de permisos, se registrarán por los procedimientos especiales determinados en cada caso en el decreto 1076 de 2015”.

¹⁷⁴ **“ARTÍCULO 2.2.2.3.12.5. Informe a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)** La Comisión Intersectorial de Infraestructura y Proyectos Estratégicos -CIIPE- o quien haga sus veces, acorde a los mecanismos de divulgación que determine, informará a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) acerca de los proyectos que hayan sido validados como Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos (PINE)”.

S.A, Grupo Prodeco – Glencore (Cesar), “Soto Norte” de Sociedad Minera de Santander (Minesa), “Angostura” de Eco Oro Minerals Corp., (Santander), “Cerrejón” de BHP Billiton, Anglo American y Glencore (La Guajira) y “Helios” de Argos (Boyacá)¹⁷⁵. Mientras que en el sector de generación de energía hidroeléctrica¹⁷⁶ se encuentran la “Central Hidroeléctrica El Quimbo” de EMGESA – ENEL (Huila), el “Proyecto Hidroeléctrico Ituango” de EPM (Antioquia), “Porvenir II” de Celsia (Antioquia), “Proyecto Térmico Gecelca 3.2” de Gecelca (Córdoba), entre otros pertenecientes a los sectores de hidrocarburos y transporte.¹⁷⁷

Se enfatiza en los sectores de minería y generación de energía hidroeléctrica, entre otros, debido a la magnitud de sus impactos en el medio ambiente y las poblaciones que habitan los territorios afectados por aquellos. La definición de un proyecto perteneciente a estos sectores como PINE hace que su trámite de licenciamiento y validación adquieran una importancia aún mayor que la que se ha endilgado a lo largo del presente capítulo al trámite ordinario de licenciamiento ambiental.

En primer lugar, una consecuencia de dicha declaración es la tramitación integral por parte de la CIPE¹⁷⁸ de todas las autorizaciones ambientales a las que haya lugar ante la ANLA (CGR, 2017, p.72), al ser su misión institucional apoyar la gestión, realizar el seguimiento de esta clase de proyectos e identificar las barreras o trámites que funjan como obstáculos para su licenciamiento, para luego garantizar su validación.¹⁷⁹ Esto supone, en opinión de la autora, un conflicto de intereses al ser el Estado¹⁸⁰ quien gestiona y a la vez

¹⁷⁵ Iniciativa para la Transparencia de la Industria Extractiva (EITI). (2017). “Proyectos de Interés Nacional y Estratégico PINE” <https://www.minenergia.gov.co/proyectos-de-interes-nacional-estrategico-pine>. Consultado el 27/10/19.

¹⁷⁶ Consejo Privado de Competitividad. (2015). “Informe Nacional de Competitividad 2014-2015: Energía”. Pp.239. Recuperado de: <https://compite.com.co/wp-content/uploads/2016/08/2014Energia.pdf>

¹⁷⁷ Ministerio de Minas y Energías. (2018). “Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINE)”. <http://www.eiticolombia.gov.co/es/informes-eiti/informe-2016/marco-institucional/pines/> Consultado el 27/10/19.

¹⁷⁸ Esta comisión fue creada a través del Decreto 2445 de 2013 cuyo objeto, conforme al artículo 1, es “la coordinación y orientación superior de las funciones de las entidades públicas que participan en la estructuración, financiación, contratación y ejecución de proyectos de infraestructura, hidrocarburos, minería, energía y demás proyectos estratégicos de interés nacional”.

¹⁷⁹ DNP. Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas. Consultado en: <https://www.dnp.gov.co/atencion-al-ciudadano/Paginas/preguntas-frecuentes.aspx>

¹⁸⁰ Integrado por el Ministro del Interior, Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Minas y Energía, Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministro de Transporte, Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Director del Departamento Nacional de Planeación, conforme al artículo 2 del Decreto 2445 de 2013.

autoriza un proyecto cuya titularidad puede estar en cabeza de una persona jurídica pública o privada. Si bien la organización administrativa estatal propicia esta clase de escenarios, no deja de producir cierta desconfianza que el aparato burocrático que apela por la simplificación, reducción o eliminación de determinados trámites como los discutidos, sea quien los gestione y priorice a partir de una cuestionada definición de su importancia.¹⁸¹

Más allá del conflicto de intereses planteado y debido a que esta categoría no ha sido desarrollada fuera de los criterios anteriormente expuestos, vale la pena analizar cuáles insumos, comunes al trámite de licenciamiento ordinario, son requeridos para el análisis con un enfoque en el componente socioeconómico al que se ha hecho mención. Su relevancia y la naturaleza de los mismos evidenciará el alto riesgo de corrupción en su tramitación, como la gravedad de las consecuencias que esta acarrea cuando tiene lugar.

a) Fases del proceso de licenciamiento ambiental.

Como previamente fue señalado, el trámite de licenciamiento ambiental inicia a partir de la solicitud que una persona jurídica privada o pública eleva a la autoridad ambiental competente, en este caso la ANLA, que deberá decidir el otorgamiento del acto administrativo o su denegación. Al haberse eliminado la licencia ambiental ordinaria del ordenamiento jurídico, este trámite no solo autorizará el proyecto presentado, sino que además deberá incluir todas las autorizaciones, permisos y concesiones necesarios para la ejecución de su objeto, siempre que sean competencia de la autoridad a cargo.¹⁸² Conforme a lo establecido en el Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015, Capítulo 3, Sección 6, los trámites a adelantarse se presentarán de la siguiente forma¹⁸³:

¹⁸¹ Es posible que la opinión aquí expresada contraríe el mandato constitucional del artículo 83 que establece la presunción de buena fe en las actuaciones de particulares y autoridades públicas. No obstante, más allá de la capacidad que tiene cada gobierno elegido democráticamente para definir sus prioridades y con ello las políticas necesarias para materializarlas, no es dable obviar que la existencia de determinados instrumentos, límites y demás, fungen como garantía de protección y respeto hacia los derechos de sus ciudadanos. Su eliminación o trasgresión, aumentan la vulnerabilidad de determinados bienes jurídicos no susceptibles de ser protegidos de otra forma.

¹⁸² En los demás casos, aquellos permisos que excedan el ámbito de facultades de la autoridad que realiza este trámite deberán obtenerse de manera previa o paralela a este proceso

¹⁸³ Así mismo, en este acápite no se explicará el objeto, fin y la connotación de cada uno de los estudios ambientales mencionados. Se abordará tan sólo el aspecto procedimental, para luego profundizar en aquellos puntos necesarios.

i) Fase previa: Solicitud de determinación de la necesidad de presentación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA).¹⁸⁴

El objeto de esta fase es la determinación, en el caso concreto de un solicitante, de la necesidad de presentar o no un DAA. Para ello el interesado deberá formular una petición escrita a la autoridad ambiental competente para que declare sobre la obligación de presentarlo o no. La autoridad tiene un término de 15 días hábiles, contados a partir del momento de la radicación de la petición escrita¹⁸⁵, para pronunciarse a través de un oficio. De ser necesario el DAA deberá aportarse junto con la descripción, objetivo, localización (coordenadas y planos) y alcance del proyecto, de conformidad con los Términos de Referencia señalados para su elaboración.

Una vez que la autoridad reciba la información exigida con el lleno de requisitos¹⁸⁶, procederá a emitir un acto administrativo de “inicio de trámite de evaluación del DAA” que deberá surtir el correspondiente trámite de notificación y publicación.¹⁸⁷ En este punto una de las obligaciones más importantes a cargo de la autoridad, es la revisión de la conformidad entre la documentación presentada por el solicitante con los requisitos mínimos establecidos en el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales en un término de 15 días hábiles.

Además, en caso de ser necesario y por una sola vez, la autoridad podrá requerir información adicional dentro de los 3 días hábiles siguientes a la expedición del acto administrativo de inicio de trámite para satisfacer los requerimientos de información adicional. El solicitante contará con un plazo de 1 mes que podrá ser prorrogado

¹⁸⁴ La información aquí referida puede ser consultada en el artículo 2.2.2.3.6.1 de la Sección 6, Capítulo 3 del Decreto único Reglamentario 1076 de 2015.

¹⁸⁵ La radicación de este estudio ambiental, deberá acompañarse con la copia del documento de identificación del solicitante cuandoquiera que sea persona natural o el certificado de existencia y representación legal en caso de que sea una persona jurídica.

¹⁸⁶ En el caso particular de los proyectos hidroeléctricos, se deberá aportar copia del registro expedido por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME). Adicionalmente, la autoridad competente para el otorgamiento de la licencia, deberá solicitar de la UPME concepto técnico sobre el potencial energético de cada una de las alternativas planteadas por el solicitante. Mientras la UPME no haya proferido el concepto técnico en cuestión, los términos para la toma de la decisión por parte de la autoridad ambiental se suspenderán.

¹⁸⁷ Para tales efectos, deberá atenderse a lo dispuesto por la Ley 1437 de 2011, al tiempo que, dicho acto administrativo deberá ser publicado en el boletín de la autoridad ambiental que lo emita, conforme al artículo 70 de la Ley 99 de 1993.

excepcionalmente, antes del vencimiento del término inicial y por un periodo igual¹⁸⁸, para entregarla. En caso tal que el solicitante allegue información diferente a la requerida por la autoridad o aquello que aporte requiera de complementos adicionales, dicha información no podrá ser tomada en cuenta en el proceso de evaluación de la solicitud. Y en los eventos en los que no se haga entrega de información alguna, se archivará la solicitud de pronunciamiento sobre el DAA con la consecuente devolución de la documentación.

Tras aportarse la información adicional, la autoridad tiene 10 días hábiles para evaluar el DAA y elegir sobre cuál de las alternativas deberá elaborarse un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Al tiempo que deberá establecer los Términos de Referencia a seguir en el caso concreto.¹⁸⁹

ii) Fase de solicitud de la licencia ambiental.¹⁹⁰

Tras haber elegido la alternativa ambientalmente viable del DAA o en aquellos casos en los que no es necesaria su presentación por mandato legal, el interesado podrá radicar ante la autoridad ambiental competente el EIA junto con los documentos enlistados en el artículo 2.2.2.3.6.2¹⁹¹ del Decreto Único Reglamentario. Al respecto es menester realizar algunas precisiones señaladas por la norma mencionada. En primer lugar, siempre que se trate de

¹⁸⁸ La solicitud de prórroga deberá realizarse de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁸⁹ Es menester recalcar que cada una de las decisiones y pronunciamientos de la autoridad, serán comunicadas a través de acto administrativo notificado y publicado en los términos de ley. Ley 1437 de 2011 y Ley 99 de 1993, artículo 71.

¹⁹⁰ La información aquí referida puede ser consultada en el artículo 2.2.2.3.6.2 de la Sección 6, Capítulo 3 del Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015.

¹⁹¹ “1. Formulario Único de Licencia Ambiental. 2. Planos que soporten el EIA, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1415 de 2012, que modifica y actualiza el Modelo de Almacenamiento Geográfico (Geodatabase) o la que la sustituya, modifique o derogue. 3. Costo estimado de inversión y operación del proyecto. 4. Poder debidamente otorgado cuando se actúe por medio de apoderado. 5. Constancia de pago para la prestación del servicio de evaluación de la licencia ambiental. Para las solicitudes radicadas ante la ANLA, se deberá realizar la autoliquidación previa a la presentación de la solicitud de licencia ambiental. En caso de que el usuario requiera para efectos del pago del servicio de evaluación la liquidación realizada por la autoridad ambiental competente, ésta deberá ser solicitada por lo menos con quince (15) días hábiles de antelación a la presentación de la solicitud de licenciamiento ambiental. 6. Documento de identificación o certificado de existencia y representación legal, en caso de personas jurídicas. 7. Certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades étnicas y de existencia de territorios colectivos en el área del proyecto de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones relacionadas con el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa. 8. Copia de la radicación del documento exigido por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), a través del cual se da cumplimiento a lo establecido en la Ley 1185 de 2008. 9. Formato aprobado por la autoridad ambiental competente, para la verificación preliminar de la documentación que conforma la solicitud de licencia ambiental”.

proyectos mineros¹⁹² deberá aportarse copia del contrato de concesión minera otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. Lo mismo sucederá con proyectos de hidrocarburos¹⁹³, entre otros.¹⁹⁴ Y en segundo lugar, pese a que la competencia para el licenciamiento sea de la ANLA, deberá radicarse una copia del EIA ante las diferentes autoridades ambientales regionales.¹⁹⁵

En el momento en que todo lo anterior ha sido debidamente reunido, la autoridad ambiental procederá a emitir acto administrativo de “inicio de trámite de licencia ambiental”¹⁹⁶. Dicha autoridad deberá evaluar el EIA y su conformidad con los requisitos mínimos del Manual de Evaluación de Estudios Ambientales¹⁹⁷ en un término no superior a 20 días hábiles tras haberse proferido el acto administrativo de inicio. Es facultativo de la autoridad visitar o no el proyecto.

Posteriormente, la autoridad contará con 10 días hábiles para, mediante oficio, convocar una reunión con el solicitante y requerir, por una única vez, información adicional pertinente. Este encuentro es importante, toda vez que la ANLA tiene la facultad de convocar a las Corporaciones Autónomas Regionales, de Desarrollo Sostenible o los Grandes Centros

¹⁹² Adicionalmente, si se trata de proyectos de explotación minera de carbón, deberán aportarse estudios sobre las condiciones del modo de transporte del mineral, desde el lugar de su explotación hasta el puerto de embarque. Decreto 3083 de 2007. Parágrafos 1 y 3 del artículo 2.2.2.3.6.2 del Decreto Único Reglamentario.

¹⁹³ Si es un proyecto de exploración y/o explotación de hidrocarburos que requiera la estimulación hidráulica de los pozos, se deberá aportar concepto de la Agencia Nacional de Hidrocarburos que certifique que la actividad se realizará en yacimiento convencional y/o no convencional. Parágrafo 4 del artículo 2.2.2.3.6.2 del Decreto Único Reglamentario.

¹⁹⁴ El parágrafo 6 del artículo 2.2.2.3.6.2 establece para el caso de los proyectos hidroeléctricos, la posibilidad de requerir concepto de la UPME sobre el potencial energético del proyecto.

¹⁹⁵ Parágrafo 2 del artículo 2.2.2.3.6.2 del Decreto Único Reglamentario.

¹⁹⁶ La información aquí referida puede ser consultada en el artículo 2.2.2.3.6.3 de la Sección 6, Capítulo 3 del Decreto único Reglamentario 1076 de 2015.

¹⁹⁷ Ministerio del Medio Ambiente de Colombia y Convenio Andrés Bello. (2002). Manual de Evaluación de Estudios Ambientales: Criterios y Procedimiento. P.17. En la presentación de este Manual se indica la necesidad de contar con una herramienta efectiva para la toma de decisiones en la evaluación del impacto ambiental. En este sentido, advierte como reto “agilizar el proceso de licenciamiento ambiental, con miras a brindar una respuesta ágil y oportuna hacia el sector regulado”.

La autora de este trabajo quiere aclarar que, si bien la celeridad y agilidad de la burocracia estatal son fines deseados, lucen ajenos a los principales propósitos que una adecuada evaluación ambiental debe plantearse para su adecuada priorización.

Urbanos del área de jurisdicción del proyecto, en aras de que emitan pronunciamiento alguno sobre el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables.¹⁹⁸¹⁹⁹

En el evento en el que se cuente con la totalidad de la información, la autoridad ambiental podrá solicitar conceptos técnicos o información pertinente de otras autoridades o entidades en un término de 10 días hábiles. Tales conceptos deberán ser remitidos en un plazo no superior a los 20 días hábiles por dichas instituciones.²⁰⁰

Por último, tras haberse vencido el término anterior, la autoridad ambiental tendrá un máximo de 30 días hábiles para emitir el acto administrativo que declare reunida toda la información para tomar una decisión sobre el otorgamiento o denegación de la licencia ambiental. Finalmente, se proferirá el acto que ponga fin al trámite en alguno de tres sentidos posibles, esto incluye la terminación anticipada del trámite de licenciamiento ambiental siempre que el EIA no cumpla con los estándares existentes para su evaluación.

iii) Fase de otorgamiento de la licencia ambiental: Contenido.

El artículo 2.2.2.3.6.6²⁰¹ del Decreto único Reglamentario enlista cada uno de los puntos que debe contener el acto administrativo a través del cual se otorga una licencia

¹⁹⁸ No obstante, la inasistencia a la reunión por parte de los representantes de las Corporaciones Autónomas Regionales, de Desarrollo Sostenible o de los Grandes Centros Urbanos no impedirá el desarrollo de la misma.

¹⁹⁹ Adicional a este espacio de participación abierto a las diferentes entidades mencionadas, el parágrafo 2 del artículo 2.2.2.3.6.3 también les permite emitir concepto sobre el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables en su jurisdicción en el término de 15 días hábiles a partir de la radicación del EIA. En igual sentido y en aquellos eventos en los que la ANLA requiera otros conceptos sobre la información adicional entregada por el solicitante, estas entidades tendrán 15 días hábiles a partir de la radicación de esta última información.

En aquellos eventos en los que no haya pronunciamiento alguno de estas entidades, pese a haber sido requeridas por la ANLA, será esta última la que deba pronunciarse sobre el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables en la licencia ambiental. Sobre este último punto, la norma no debería dejar margen a la posibilidad de que las autoridades ambientales con jurisdicción en el área del proyecto no se pronunciaran sobre esta materia. Toda vez que, esto denota una articulación deficiente del SINA que contraría los fines del procedimiento de licenciamiento ambiental.

Por último, al igual que en el trámite del DAA, el solicitante tendrá 1 mes para aportar la información requerida, prorrogable excepcionalmente de forma previa a su terminación por un periodo igual. En caso de que el solicitante allegue información diferente a la requerida o que necesite de posteriores aditamentos, no será tenida en cuenta en el trámite de licenciamiento.

²⁰⁰ Mientras que los conceptos requeridos por la autoridad ambiental competente son enviados, esta deberá continuar con la evaluación de la licencia ambiental.

²⁰¹ **“ARTÍCULO 2.2.2.3.6.6. Contenido de la licencia ambiental.** El acto administrativo en virtud del cual se otorga una licencia ambiental contendrá: 1. La identificación de la persona natural o jurídica, pública o privada a quién se autoriza la ejecución o desarrollo de un proyecto, obra o actividad, indicando el nombre o razón social, documento de

ambiental. Más allá de las formalidades, resaltan el objeto general y localización del proyecto, las motivaciones de “orden ambiental” tenidas en cuenta por la autoridad en su decisión, las diferentes obras y actividades autorizadas, los recursos naturales renovables autorizados para su uso, aprovechamiento y/o afectación, las condiciones y prohibiciones que sobre este último punto operan y aún más importante los requisitos, condiciones y obligaciones adicionales al Plan de Manejo Ambiental (PMA) aportado por el solicitante a cumplir durante las diferentes fases de la licencia ambiental (construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación).

iv) Fase de control y seguimiento del cumplimiento a la licencia ambiental otorgada.

El propósito perseguido por esta fase del licenciamiento es garantizar el cumplimiento de las obligaciones, condiciones y requisitos impuestos al titular de la licencia ambiental. Tal y como lo establece el parágrafo 1 del artículo 2.2.2.3.9.1, el control y seguimiento de los proyectos estará siempre a cargo de la autoridad ambiental que otorgó la licencia o que estableció el PMA.²⁰²

La norma mencionada hace énfasis en cinco ejes que pueden ser resumidos de la siguiente forma: Verificación de la idoneidad de las medidas de manejo contenidas en el PMA, programa de seguimiento y monitoreo, planes de contingencia ambiental, desmantelamiento y abandono y de inversión del 1%, en caso de que estos procedan (1), constatación del cumplimiento de términos, obligaciones y condiciones derivadas de la licencia y el PMA o, frente a escenarios de incumplimiento, exigir la realización de acciones que lo garanticen (2), vigilancia de los medios bióticos, abióticos y socioeconómicos de cara

identidad y domicilio. 2. El objeto general y localización del proyecto, obra o actividad. 3. Un resumen de las consideraciones y motivaciones de orden ambiental que han sido tenidas en cuenta para el otorgamiento de la licencia ambiental. 4. Lista de las diferentes actividades y obras que se autorizan con la licencia ambiental. 5. Los recursos naturales renovables que se autoriza utilizar, aprovechar y/o afectar, así mismo las condiciones, prohibiciones y requisitos de su uso. 6. Los requisitos, condiciones y obligaciones adicionales al plan de manejo ambiental presentado que debe cumplir el beneficiario de la licencia ambiental durante la construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento y abandono y/o terminación del proyecto, obra o actividad. 7. La obligatoriedad de publicar el acto administrativo, conforme al artículo 71 de la Ley 99 de 1993. 8. Las demás que estime la autoridad ambiental competente”.

²⁰² Sin perjuicio de lo establecido por el artículo 2.2.2.3.9.7 del mismo texto normativo, de conformidad con el cual se autoriza la delegación de la función de seguimiento ambiental entre autoridades ambientales a través de la celebración de convenios interadministrativos según la Ley 489 de 1998.

a la ejecución del proyecto (3), revisión de los impactos acumulativos en el área del proyecto, producidos por las diferentes actividades y obras ejecutadas, con la consecuente imposición de restricciones ambientales adicionales cuando haya lugar a ello (4), revisión del cumplimiento de los permisos, concesiones y/o autorizaciones ambientales otorgadas para el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables (5) e imposición de medidas ambientales adicionales cuando sea necesario prevenir, mitigar o corregir impactos ambientales no contemplados en los estudios ambientales realizados.

Con lo anterior, se presentaron las particularidades del trámite de licencia ambiental²⁰³ de los PINES. A continuación, se enfatizará en el conjunto de estudios ambientales requeridos para el estudio de viabilidad ambiental, con un énfasis en el componente socioeconómico y el desplazamiento involuntario como posible impacto de estos proyectos.

b) Estudios ambientales. Énfasis en el componente socioeconómico y el desplazamiento involuntario de poblaciones.

Se resaltarán la importancia que tienen la debida realización²⁰⁴, análisis y valoración de los estudios ambientales en el trámite de licenciamiento ambiental. Dada la cantidad de impactos sobre los cuales deben centrarse estos insumos, se criticará el desplazamiento involuntario de poblaciones a partir de un enfoque en el componente socioeconómico y se cuestionará por qué un factor externo al trámite administrativo, como lo es la corrupción, puede dar lugar a la indebida causación de dicho impacto, junto a la relevancia penal que esto supone respecto las autoridades ambientales que lo autorizan.

i) Estudios ambientales y componente socioeconómico: Noción general.

²⁰³ En este acápite se omiten las diferentes vicisitudes que se pueden presentar una vez ha sido otorgada la licencia. Estas son: modificación, cesión, integración o pérdida de vigencia de la licencia ambiental por no ser objeto a tratar en la presente tesis.

²⁰⁴ El objeto planteado en este capítulo tan solo permite abordar de forma general las principales preocupaciones respecto de la elaboración de los estudios ambientales. No obstante, el enfoque está sobre la debida actuación esperada de las autoridades ambientales en cuanto a la valoración y análisis de estos instrumentos de cara a tomar una decisión como lo es el otorgamiento de la licencia ambiental.

Los estudios ambientales son documentos²⁰⁵ exigidos al solicitante de la licencia ambiental para determinar la viabilidad de su otorgamiento y las condiciones bajo las cuales debe operar. De esta forma se satisface el principio del derecho ambiental conforme al cual,

Toda decisión administrativa que resuelva sobre el uso de los recursos naturales renovables debe estar precedida de un estudio ecológico previo, (...) por cuanto el impacto sobre el ambiente que puede generar cualquier tipo de actividad sólo puede vislumbrarse y en consecuencia prevenirse técnicamente. Esa es la forma de darle aplicación a otro principio del derecho ambiental como es la prevención. (González Villa, 2006, p.381)

A partir de 1992 con la Declaración de Río de Janeiro²⁰⁶, los estudios de esta clase son considerados herramientas de gestión ambiental.²⁰⁷ Así está consagrado en el numeral 11 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993²⁰⁸. Legalmente, reconocidos como tales, son el Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA) y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Sin embargo, para efectos del objetivo planteado se tendrá en cuenta el Plan de Manejo

²⁰⁵ Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.3.1.

²⁰⁶ "Principio 17: Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que este sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente."

²⁰⁷ No obstante, se identifica el origen de las evaluaciones de impacto ambientales en la Ley Nacional de Protección Ambiental estadounidense de 1969. A partir de este antecedente legislativo, otros países en las décadas de los setenta y ochenta este ejemplo sería seguido por la Unión Europea (1988), el Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Mundial de la Salud, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE) y el Banco Mundial. Echavarren, J.M. (2007). Aspectos socioeconómicos de la evaluación de impacto ambiental. Revista Internacional de Sociología. Vol. LXV, N°47. Mayo-agosto. Córdoba, España. P.100.

²⁰⁸ "11. Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial".

Ambiental (PMA)²⁰⁹, contenido en el EIA, de forma autónoma.²¹⁰ El propósito principal de estos estudios es la completa identificación de los posibles impactos a producir por un proyecto, en aras de activar las funciones atribuidas a los instrumentos de gestión ambiental, discutidas anteriormente, a través de la proposición de alternativas, opciones y medidas adecuadas para manejarlos.²¹¹ Cabe señalar que los términos de referencia establecidos respecto de cada estudio ambiental, deben ser adaptados a las particularidades del proyecto en cada caso por parte de la autoridad ambiental competente.

En lo que atañe al componente socioeconómico, énfasis de este trabajo, es tomado en cuenta junto a los componentes biótico y abiótico a impactar, debido a la ampliación paulatina que el concepto de medio ambiente ha padecido. Una perspectiva extensiva contempla todos aquellos factores externos al individuo con una incidencia en su desarrollo (Echavarren, J., 2007) y define el medio socioeconómico como el conjunto de todas aquellas cosas que, al no pertenecer a la naturaleza, ejercen una acción o presión sobre aquella²¹², como:

²⁰⁹ La elaboración de estos estudios ambientales, está supeditada a los términos de referencia establecidos para cada sector. El artículo 2.2.2.3.3.2 del Decreto 1076 de 2015 fija esta competencia en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. No obstante, en aquellos eventos en los que el ministerio no haya expedido términos de referencia para la elaboración de alguno de los estudios ambientales, los mismos tendrán que ser definidos por las autoridades ambientales para el caso concreto dentro de los 15 días siguientes a la solicitud de la licencia ambiental hecha por el interesado en ella. En todo caso, es obligatoria su presentación de conformidad con la Metodología General para la Presentación de Estudios Ambientales, expedida por dicha cartera.

A simple vista, resulta problemática la competencia definida en cabeza de las autoridades ambientales para la expedición de los términos de referencia en un plazo no superior a 15 días. Dada la vaguedad de esta autorización, se puede cuestionar la fiabilidad de aquellos.

²¹⁰ Esta limitada enunciación legal de los estudios ambientales no obsta para que se consideren como tales, otra clase de trámites incidentales que se deben adelantar en el marco del procedimiento general ambiental. Puesto que no sólo es el solicitante quien debe aportar estas herramientas. Las autoridades ambientales a su vez deben adelantar una serie de análisis y metodologías tendientes a regular aquello que es del ámbito de su competencia. Un ejemplo de esto, son los estudios de disponibilidad del recurso hídrico que adelantan las Corporaciones Autónomas Regionales.

²¹¹ Es propicio resaltar que la función preventiva en materia de los estudios ambientales se ve a menudo reducida. Esto se debe a que la razón de ser de estos instrumentos es el reconocimiento de aquellos efectos que no fueron posibles de superar de cara a la materialización de un determinado proyecto a autorizar. “Después de la corriente desarrollista que se deriva de la revolución industrial y de la modernidad y la visión antropocéntrica que caracteriza a los países occidentales ya a fines de la Edad Media (Thomas, 1983), la implementación de un mecanismo que asume la existencia de perjuicios en el medio por parte de la acción humana es bienvenida”. Echavarren, J.M. Óp. Cit. p.100.

²¹² Sin embargo, esta clase de definiciones son fuertemente criticadas al considerarse que no es posible separar o diferenciar plenamente aquello que se considera “natural” y por ende intrínseco al medio ambiente, de aquello que es “artificial” cuyo origen se desprende de la actividad humana. “En todo caso, hay una cierta

La calidad de vida (actividades lúdicas, estilos de vida, imagen social, autoimagen e identidad, ruidos y vibraciones, salud, turismo, valores sociales), demografía, economía y población activa (estructura económica, infraestructuras, sinergias económicas, turismo, usos del suelo), factores culturales (arqueológicos, históricos, arquitectónicos, formativos y educativos), paisaje y las relaciones que las comunidades sostienen con su medio ambiente biofísico. (Echavarren, J., 2007, p.103)

La extensión de la evaluación ambiental sobre este componente ha obedecido a un cambio de opinión de la comunidad científica, cada vez más consciente del influjo que tienen los conflictos sociales sobre el medio ambiente. Puesto que “las consecuencias secundarias en el marco socioeconómico tendrán con gran seguridad efectos sobre el medio que si no se tienen en cuenta serán imprevistos, y que seguramente serán de carácter negativo” (Echavarren, J. 2007, p.102). Esta concepción resulta útil de cara a un impacto como el desplazamiento involuntario, cuya ocurrencia afecta negativamente la totalidad de los factores enunciados al interior del componente socioeconómico.

ii) Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA).

El diagnóstico ambiental de alternativas, que debe elaborar la persona interesada en una licencia ambiental consiste en la declaración objetiva y debidamente fundamentada que ésta debe hacer a la autoridad ambiental sobre las diferentes opciones escogidas para el desarrollo de un proyecto o actividad, con el fin de racionalizar el uso y manejo de los recursos o elementos ambientales y de prevenir, mitigar, corregir, compensar o revertir los efectos e impactos negativos que pueda ocasionar la realización de dicho proyecto. (C. Const., 1999, p.9)

De esta forma se entrega información sobre cada una de las alternativas de un proyecto²¹³ con atención a las necesidades de optimización, racionalización de los recursos

confusión en relación con los factores que hay que considerar en un estudio de impacto ambiental. En concreto, los de tipo socioeconómico afectan al ser humano, pero no parece que esté contemplado tal factor en ese sentido, sino en el de salud, sosiego o bienestar”. Gómez Orea, D. (2003). Evaluación de Impacto Ambiental: Un instrumento preventivo para la gestión ambiental. Madrid, España: Ediciones Mundi-Prensa. P.28.

²¹³ Los proyectos, obras o actividades en los que se exige el DAA están enlistados en el artículo 2.2.2.3.4.2 del Decreto 1076 de 2015.

y reducción de los impactos negativos.²¹⁴ Cada una de aquellas deberán ser ambientalmente posibles o racionales.²¹⁵ Además, deberán contener el objetivo, alcance, descripción del proyecto, su localización con una caracterización ambiental del área, identificación de áreas de manejo especial, información sobre los usos del suelo de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) correspondiente, las características abióticas²¹⁶, bióticas²¹⁷ y socioeconómicas, identificación de comunidades y mecanismos de comunicación e información respecto de aquellas, un análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes al objeto de estudio y la realización de un análisis de costo-beneficio.²¹⁸

“La elaboración del DAA debe efectuarse principalmente a partir de la consecución, revisión y validación de información secundaria, no obstante, se debe recopilar información primaria para los componentes que se requieran” cuando la información secundaria no esté disponible, no sea pertinente o adecuada, se requiera información más detallada o por las condiciones ambientales especiales del área sea necesario (MADS y ANLA, 2018, p.55). Este punto es problemático si se considera que los impactos a generar por un proyecto tan sólo pueden ser dimensionados y caracterizados hasta un punto, a partir de la información que las fuentes secundarias ofrecen. El margen de contingencia generado por esta clase de fuentes, en la mayoría de los casos, es superado en la práctica.

En el DAA, la caracterización del medio socioeconómico se realiza con base en unidades territoriales, las cuales son divisiones políticas o administrativas como los

²¹⁴ Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.4.1.

²¹⁵ Los criterios utilizados por la ANLA al momento de evaluar las diferentes alternativas que se le presentan, deberán apuntar a establecer aquella opción con un mejor desempeño ambiental, incluso, si ello supone valorar algunos criterios en un escenario sin proyecto para la determinación de posibles efectos ambientales. “Se deben identificar las actividades que mayor incidencia han tenido en los cambios que ha sufrido el área de influencia. Adicionalmente, se debe cualificar y cuantificar el estado actual de los medios abiótico, biótico y socioeconómico (señalando también su sensibilidad ambiental), y realizar el análisis de tendencias, considerando la perspectiva del desarrollo regional y local, la dinámica económica, los planes gubernamentales, las figuras de conservación y las consecuencias que para los ecosistemas de la zona tienen las actividades antrópicas y los procesos naturales propios de la región”. MADS y ANLA. (2018). Metodología General para la Elaboración y Presentación de Estudios Ambientales. Bogotá, Colombia. p.190.

²¹⁶ En el medio abiótico se caracterizan los siguientes componentes: geológico, geomorfológico, suelos y uso de la tierra, hidrológico, usos del agua, oceanografía, hidrogeológico, paisaje, atmosférico, meteorología, fuentes de emisión, modelación de escenarios y calidad del aire y ruido. *Ibíd.* pp. 61-68.

²¹⁷ En el medio biótico se caracterizan los siguientes componentes: Ecosistemas, flora, análisis de fragmentación, fauna, ecosistemas acuáticos, áreas de especial interés ambiental. *Ibíd.* pp. 68-73.

²¹⁸ Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.4.3.

municipios y sus subdivisiones: corregimientos, veredas, sectores de vereda, inspecciones de policía, etc. (MADS y ANLA, 2018). En algunos casos un municipio en su totalidad es considerado una unidad territorial, respecto de la cual deberá aportarse información sobre su dinámica de poblamiento²¹⁹, dinámica poblacional²²⁰, factores espacial²²¹, económico²²², cultural²²³, arqueológico²²⁴, político-organizativo²²⁵ y tendencias del desarrollo²²⁶.

Finalmente, se deberá entregar la información preliminar de la población a desplazar que, conforme a la Metodología General para la Elaboración y Presentación de Estudios Ambientales²²⁷, se circunscribe a “las construcciones e infraestructuras susceptibles de ser afectadas por el proyecto”, respecto de los cuales deberá caracterizarse la cantidad de población, tipo, número de unidades sociales existentes (residentes, productivas y mixtas),

²¹⁹ En este componente se tiene en cuenta las dinámicas de ocupación de los territorios, antecedentes e hitos de su asentamiento y expansión, grupos socioculturales indígenas, negritudes, campesinos, entre otros. MADS y ANLA. Óp. Cit. P.73.

²²⁰ Esta dinámica se refiere a las formas de movilidad espacial actual y tendencial, fenómenos migratorios, densidad poblacional rural y urbana, índices de pobreza, índice de necesidades básicas insatisfechas, índice de pobreza multidimensional, índice de calidad de vida, etc. Ibíd. P.73.

²²¹ Información de servicios públicos y servicios sociales como la infraestructura vial, salud, educación, recreación social y comunitaria, índices de calidad y cobertura, siempre que guarden relación con las alternativas del proyecto. Ibíd. P.74.

²²² La dinámica económica se refiere a los procesos existentes en el área de estudio que pueden ser impactados en las siguientes dimensiones: estructura de propiedad, formas de tenencia de la propiedad, procesos productivos y tecnológicos en referencia a las actividades de los sectores primarios, secundarios y terciarios de la economía, contribuciones a la economía local, regional y nacional, volúmenes de producción, tecnologías empleadas, redes de mercadeo, niveles de ingreso y las características del mercado laboral. Ibíd. P.74.

²²³ En este factor se incluyen patrones de asentamientos, dependencias económicas y socioculturales de la población al entorno, junto a sus procesos históricos, hechos históricos relevantes y los cambios culturales que implicaron, estrategias adaptativas de las comunidades con el propósito de identificar “potencialidades, resistencias y capacidades de adaptación de las mismas”, símbolos culturales significativos para la población, usos tradicionales de los recursos naturales renovables y el medio ambiente por parte de la población junto al espíritu proteccionista o conservacionista que respecto de los mismos se puedan tener.

Adicionalmente, respecto de las comunidades étnicas se deberá contar con los estudios etnográficos y demás investigaciones pertinentes que incluyan los elementos ya mencionados. Ibíd. P.75.

²²⁴ Deberán identificarse los sitios con reconocido o con potencial interés histórico, cultural y arqueológico: parques arqueológicos, patrimonio histórico nacional o de la humanidad, patrimonio cultural subacuático o yacimientos arqueológicos que ameriten ser preservados. Ibíd. P.75.

²²⁵ Identificación de actores sociales presentes en el área de estudio del proyecto y la estructura de poder existente lo que incluye asociaciones políticas, económicas, culturales, ambientales, comunitarias, gremios, juntas de acción comunal, etc. Ibíd. P.75.

²²⁶ Se refiere a la realidad socioeconómica del área de estudio, la cual se podrá determinar a partir de los elementos más relevantes de los demás componentes y los planes de desarrollo de ordenamiento territorial y de gestión ambiental nacional, departamental y municipal. También deberán identificarse los proyectos de desarrollo del sector público o privado, para evaluar su injerencia en el área de estudio. Ibíd. P.76.

²²⁷ Adoptada por el MADS a través de la Resolución 1402 del 25 de julio de 2018.

actividades económicas y los equipamientos comunitarios a afectar (MADS y ANLA, 2018, p.76). De esta forma se evaluará el grado de incidencia de un proyecto sobre el medio socioeconómico de las poblaciones de las áreas de incidencia directa e indirecta.

Bajo una perspectiva crítica, la información requerida por el DAA respecto del desplazamiento involuntario de las poblaciones, consiste en retratar en un determinado periodo de tiempo a una población y con ello identificar cuál era su situación de derechos previa al traslado, para determinar a qué tendrá derecho en materia de retribuciones, compensaciones, indemnizaciones y demás, una vez aquél haya tenido lugar.²²⁸ Esto a su vez guarda una estrecha relación con el análisis de costos y beneficios que debe contener el DAA que no es un análisis financiero convencional, sino de la identificación de beneficios y costos ambientales de los cuales será objeto la población particular afectada o la comunidad en general (MADS y ANLA, 2018). Si los beneficios ofrecidos por el proyecto son mayores a las cargas que impone sobre las poblaciones, sus territorios y el medio ambiente en general, la valoración negativa de un impacto como el desplazamiento involuntario y de las consecuencias que éste conlleva, se verá disminuida y menospreciada en sus dimensiones.

iii) Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

El segundo insumo a considerar es el EIA, instrumento básico en la decisión del otorgamiento o denegación de la licencia ambiental. Contiene información del proyecto sobre su localización, infraestructura, actividades, caracterización del área de influencia del proyecto y sus medios abiótico, biótico y socioeconómico, la demanda de recursos naturales y la información necesaria para la solicitud de permisos, autorizaciones y concesiones adicionales²²⁹, información sobre la evaluación de los impactos ambientales, análisis de riesgos, zonificación del manejo ambiental para el proyecto con las correspondientes áreas

²²⁸ Esta crítica se realiza con base en la información requerida por la Metodología para la presentación de estudios ambientales, principalmente en el componente cultural, en el cual se incluyen variables como la potencialidad de la población, sus resistencias y la capacidad de adaptación. Lo que pretende evaluar una suerte de “resiliencia” de cara al traslado forzoso al que se verían sometidos.

²²⁹ Aquellos referidos a la captación de aguas superficiales, vertimientos, ocupación de cauces, aprovechamiento de materiales de construcción, aprovechamiento forestal, recolección de especímenes de la diversidad biológica con fines no comerciales, emisiones atmosféricas, gestión de residuos sólidos, exploración y explotación de aguas subterráneas, como lo dispone el numeral 3 del artículo 2.2.2.3.5.1 del Decreto 1076 de 2015.

de exclusión, áreas de intervención con restricciones y áreas de intervención, la evaluación económica de impactos positivos y negativos, etc.²³⁰

Este insumo apunta a decidir sobre la viabilidad del licenciamiento del proyecto estudiado, a partir de la definición de su Área de Influencia (AI) como aquella zona en la que se producirán los impactos ambientales significativos (negativos directos, indirectos, sinérgicos y/o acumulativos)²³¹ y respecto de la cual deberá realizarse una caracterización y evaluación ambiental (MADS y ANLA, 2018). La presentación de estos impactos admite identificar un área de impacto por cada componente, grupo de componentes o medio evaluado. De esta forma el AI total del proyecto se obtiene a partir de la superposición de todas aquellas áreas que deberán incluir la totalidad de impactos identificados (MADS y ANLA, 2018, p.90). En el caso concreto del medio socioeconómico, la identificación de su AI deberá tener en cuenta:

Las relaciones existentes entre las dinámicas propias de los territorios y las áreas en las que se propone ejecutar el desarrollo infraestructural y los sitios en donde se planteen actividades y obras asociadas (...) analizar la forma en que los impactos previstos para los medios abiótico y biótico afectan a la población y sus relaciones económicas, sociales y culturales. (MADS y ANLA, 2018, p.97).

De manera tal que se tendrán en cuenta las unidades territoriales intervenidas por el proyecto, junto a sus diferentes relaciones funcionales.²³² Para esto toma en cuenta los mismos componentes socioeconómicos trabajados en el DAA. No obstante, deberá aportarse

²³⁰ Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.5.1.

²³¹ Estos impactos son tenidos en cuenta debido a los efectos que generan sobre el medio ambiente y la relevancia que los mismos adquieren para el grupo social.

²³² Rutas de desplazamiento de la población para la provisión de bienes y servicios, dinámicas económicas con otras poblaciones circundantes al área afectada, formas de organización político-administrativa del territorio, incluidas aquellas reconocidas socialmente, formas de asentamiento nucleadas o dispersas de la población, puntos de acceso a servicios administrativos y financieros, sitios de interés cultural, religioso, turístico y recreativo, puntos para desarrollo de actividades de toda la cadena productiva o comercial y el uso y aprovechamiento de los recursos naturales por parte de la población, como su dependencia de los mismos (...) Y no podrá obviarse la existencia de resguardos indígenas, territorios ancestrales, territorios de comunidades negras, asentamientos de comunidades étnicas, sitios sagrados o sitios de pago fuera de los resguardos. MADS y ANLA. Óp. Cit. P.98.

información del contexto general del municipio en el que se llevará a cabo el proyecto²³³, así el mismo no haya sido tomado como la totalidad del área de influencia.

Dada la plena equivalencia de los componentes a caracterizar respecto de los mencionados en el DAA²³⁴, el EIA los discrimina en múltiples elementos sobre los cuales se tiene que aportar información, un reporte de su estado actual y un análisis descriptivo. Debido a su extensión, tan sólo se discutirá la “Información sobre la población a reasentar”.

Cuandoquiera que consecuencia del proyecto sea necesario adelantar procesos de traslado involuntario de poblaciones, es obligación no sólo crear un programa de reasentamiento, sino llevar a cabo un censo de las unidades sociales a reasentar. Respecto de cada unidad social, deberán identificarse plenamente las siguientes características socioeconómicas:

Tipo de unidad social (residente, productiva, mixta) (1); permanencia o tiempo vivido en el predio y en el área y situaciones anteriores de desplazamiento, de ser el caso, (2); forma de tenencia del inmueble y el uso de la propiedad (vivienda, actividades económicas: industria, comercio, servicios, agricultura, ganadería, alquiler, entre otras) (3); actividades económicas desarrolladas en la propiedad o en el entorno e ingresos (4); grado de dependencia frente a los recursos naturales dispuestos en el predio o en la zona (5); integrantes de la unidad social y características tales como,

²³³ En principio, el solicitante deberá hacer uso de fuentes de información primaria, salvo que el municipio no sea tomado como unidad territorial de análisis, puesto que en tales eventos podrá acudir a fuentes secundarias. “En caso de que el municipio en su totalidad sea considerado como unidad territorial de análisis, su caracterización socioeconómica se debe presentar con el grado de detalle requerido en esta metodología y los términos de referencia genéricos, utilizando fuentes de información secundaria, o primaria cuando el municipio potencialmente afectado no cuente con la información requerida o ésta no tenga la calidad suficiente”. Estas fuentes, deberán estar debidamente acreditadas respecto de su procedencia gubernamental o de otras instituciones de reconocida idoneidad. Así mismo, la información entregada deberá soportarse en estudios regionales y locales. MADS y ANLA. Óp. Cit. p. 144. Pese a esto, la metodología no es clara en establecer qué se entiende por instituciones de “reconocida idoneidad”, ni tampoco a qué se refiere con la confiabilidad y pertinencia de los datos aportados por las fuentes utilizadas. Para ello, deberían señalarse los criterios y metodologías establecidas para su verificación, de lo contrario tan solo se trata de mandatos sin contenido alguno, susceptibles de falsear las conclusiones arrojadas por las caracterizaciones realizadas.

²³⁴ En este punto se hace referencia a la dinámica de poblamiento, poblacional, factores espaciales, económicos, culturales, arqueológicos, comunidades étnicas, componente político-organizativo y las tendencias de desarrollo. Los cuales, bajo los requerimientos del EIA, son discriminados en otros elementos adicionales que no son el objeto principal de este trabajo. Pueden ser consultados en MADS y ANLA. Óp. Cit. pp. 144-155.

nombre, parentesco con el responsable de la unidad social, edad, género, actividad a la que se dedica, entre otras (6); estructura familiar (tipo: nuclear, extensa), número de hijos y de miembros, redes familiares existentes (7); existencia de unidades sociales con factores de vulnerabilidad social tales como discapacidad, enfermedades terminales, senectud y NBI, entre otras, y las medidas de manejo para atender dichas condiciones de forma diferenciada (8); características constructivas, distribución espacial y dotación de las viviendas (9); características agrológicas de los predios y de las actividades económicas, nivel de productividad y cadenas productivas implantadas allí (10); expectativas que la unidad social tiene frente al proyecto, al posible traslado, las posibles alternativas de localización y de manejo (11); organizaciones sociales existentes en la zona donde están ubicadas las unidades sociales a reasentar y niveles de participación de la población (12); programas o servicios sociales de los que la unidad social y sus integrantes son beneficiarios, estableciendo las posibles afectaciones que sobre su vinculación a los mismos, puede generar el traslado involuntario (13); patrimonio cultural inmaterial, identificando prácticas sociales, culturales, tradiciones estéticas y modos de conocimiento perpetuados en el seno de la comunidad (14); grado de cohesión entre los vecinos, niveles de participación, existencia de redes sociales de apoyo; adicionalmente se debe evaluar la desarticulación que puede producirse en el territorio por la ejecución del proyecto (15); caracterizar la población que continuará residiendo en el lugar, las redes socioeconómicas existentes entre las personas que se quedan y la población objeto de reasentamiento, e identificar en la evaluación de impactos aquellos que se puedan ocasionar a esta población, a fin de formular las medidas de manejo correspondientes (16); identificar y caracterizar la comunidad receptora o vecina al nuevo grupo a reasentar, una vez se determine el sitio, analizando las situaciones más relevantes que se considere van a facilitar o dificultar su integración en la misma, y definir las medidas de manejo frente a los impactos que se puedan generar (17).

El EIA requiere una especificidad mayor respecto del DAA, puesto que este tan sólo se elaborará sobre la alternativa que la autoridad haya declarado ambientalmente viable. Como se entrevé de las características socioeconómicas requeridas por la autoridad ambiental, se apunta a la definición del estado de los derechos fundamentales y los derechos

sociales, económicos y culturales de la población a desplazar. De esta forma, se pretende establecer la relación de las personas con su territorio a través de sus asentamientos, familias, relaciones con la comunidad, servicios a los cuales tienen acceso, encadenamientos productivos e incluso se opta por identificar a las comunidades que habrían de recibir a los “desplazados involuntarios” puesto que, en la mayoría de casos, son reasentados junto a comunidades de otros lugares cuyos asentamientos anteceden dicho traslado.

iv) *Plan de Manejo Ambiental (PMA).*

Este insumo es presentado como un capítulo del EIA. Sin embargo, en el presente trabajo se aborda de forma autónoma debido a su importancia. Paralelamente a la identificación de los impactos mencionados, el interesado en la licencia deberá plantear un PMA, consistente en un “conjunto detallado de medidas y actividades que, producto de una evaluación ambiental, están orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados, que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad”²³⁵. El PMA principalmente está integrado por los programas de manejo ambiental, seguimiento y monitoreo, gestión del riesgo y desmantelamiento y abandono.

La Metodología General para la Elaboración y Presentación de estudios ambientales, ordena la formulación de un “Programa de reasentamiento de la población” en aquellos eventos en los que se deba acudir al traslado involuntario de la población como consecuencia del proyecto autorizado. Son objetivos principales de este programa:

Restablecer las condiciones de vida existentes de la población a reasentar relacionadas con vivienda, acceso a servicios públicos y sociales, relaciones sociales y bienes comunitarios (1); restablecer las fuentes de ingreso y actividades económicas de las unidades sociales a trasladar (2); proteger y mantener las condiciones de vida de las personas, unidades sociales y comunidades durante el proceso de traslado (3); incorporar la población reasentada a su nuevo entorno y restituir las redes y tejido social de las personas, unidades sociales de las comunidades a reasentar, de las

²³⁵ Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.1.1. Adicionalmente, esta norma establece que el PMA puede hacer parte del EIA o podrá ser presenta como instrumento de manejo y control para aquellos proyectos que se encuentren cobijados por regímenes de transición.

comunidades receptoras y de las comunidades que permanecen (4); informar, comunicar y generar procesos permanentes de participación para el reasentamiento, y recibir y atender oportunamente las inquietudes, quejas, reclamos y solicitudes de la población a reasentar, así como de las instituciones y comunidad en general (5). (MADS y ANLA, 2018, p.201)

Con esto se pretende garantizar las mejores condiciones socioeconómicas para la población afectada. Al tiempo que se exige una descripción pormenorizada de las acciones a llevar a cabo, permanentes o temporales, un cronograma y un presupuesto para ejecución del programa. También se exige la debida documentación de la participación de las comunidades afectadas en procesos de concertación y del ejercicio del rol activo de las autoridades y organizaciones que deben prestar su acompañamiento, sean de carácter público o privado.

Por último, “El procedimiento a implementar debe ser consistente con la normativa vigente expedida por las entidades del sector al que corresponda y con las normas internacionales que amparan las personas y comunidades que puedan ser sometidas a desplazamiento involuntario” (MADS y ANLA, 2018, p.202).

Con lo anterior, se presentaron los principales estudios ambientales que deberán ser evaluados por la autoridad ambiental para decidir sobre la concesión de la licencia ambiental. Pese a que los mismos deben ser entregados por el solicitante, su correcta valoración y la implementación de medidas adicionales, correctivas o exigencias diferentes a las contenidas de forma general en los manuales y metodologías de evaluación depende, en este caso, de la ANLA. De esta forma, cualquier factor externo y ajeno a los fines previstos para estos instrumentos puede trastocar la efectividad y legitimidad de sus funciones. Es el supuesto de la connivencia, retomada a continuación para establecer la responsabilidad penal de los funcionarios que en pleno desconocimiento de lo descrito realizan el reato, otorgan la autorización ambiental y causan graves impactos como el desplazamiento involuntario de poblaciones enteras, agravando las deficiencias del trámite.

III. Desplazamiento involuntario. Rol de la ANLA y configuración del concurso real heterogéneo entre los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción.

Tras haberse abordado de forma general la razón de ser e importancia de los estudios ambientales, con un énfasis en el componente socioeconómico, son objetivos de este acápite: definir, a partir de una perspectiva crítica, el desplazamiento involuntario como impacto autorizado en el ordenamiento jurídico colombiano (a), cuestionar el marco regulatorio del fenómeno del reasentamiento e identificar el rol de la ANLA como autoridad ambiental competente en su causación bajo supuestos de connivencia (b) y plantear la configuración del concurso real heterogéneo sucesivo entre los delitos de cohecho propio y prevaricato (c).

a) El desplazamiento involuntario como fenómeno económico.

El desplazamiento involuntario es aceptado como uno de los posibles efectos negativos del desarrollo económico en el marco de las diferentes clases de migraciones económicas actualmente reconocidas. Una aproximación de este tipo al fenómeno del desplazamiento, por definición excluye las violaciones a los Derechos Humanos, puesto que parte de la atribución de una voluntariedad al sujeto que se traslada, pese a que su decisión esté motivada por razones económicas, sociales, políticas, medioambientales que le son desfavorables.²³⁶

La categoría de “desplazados por el desarrollo” tiene un origen reciente. En 1948 se sugirió la existencia de una “relación entre los cambios medioambientales y las migraciones” y hasta 1985 se habló por primera vez de “desplazados ambientales” y de los “desplazados inducidos por el desarrollo” causados por “trastornos” ambientales naturales o la actividad humana (Egea y Soledad, 2011, p.203). En este sentido, son múltiples las clasificaciones propuestas para identificar y agrupar las diferentes causas posibles del desplazamiento de

²³⁶ En el ámbito de las ciencias sociales, la discusión sobre las migraciones económicas se ha dado entre dos extremos. Aquél que sostiene que se trata de decisiones acondicionadas y enteramente libres de los sujetos que por diferentes razones acceden a ser trasladados y el extremo opuesto para el cual se evidencia la existencia de una decisión forzada en el sujeto que debe trasladarse. Celis Sánchez, R. y Aierdi Urraza, X. (2015) ¿Migración o desplazamiento forzado? Las causas de los movimientos de población a debate. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. (81). Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho81.pdf>. P.18.

También se ha propuesto hablar de “migraciones voluntarias” y “migraciones forzadas”, respecto de las cuales el principal factor para su diferenciación consiste en la planeación que antecede al traslado. De esta forma, cuando el traslado se asemeja a la huida se estará frente a una migración forzada, lo cual no está exento de discusión. Ver: Egea Jiménez, C. y Soledad Suescún, J. (2011). Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto. *Cuadernos Geográficos*. (49), pp.201-215. Recuperado de: <https://www.ugr.es/~cuadgeo/docs/articulos/049/049-008.pdf>. P.201.

poblaciones enteras²³⁷. La propuesta hecha por Malguesini y Giménez sugiere la existencia de cuatro grupos principales de causas: políticas, económicas, medioambientales y étnicas. Sobre las razones económicas aducen “las tensiones económicas y pobreza conducen al desplazamiento humano, a lo que se une la apropiación por la fuerza de territorios y recursos”, mientras que respecto de las medioambientales aluden a la “destrucción, sobreexplotación y degradación de los recursos naturales y expulsión de grupos dependientes de esos recursos” (Egea y Soledad, 2011, p.202).

Internacionalmente son causas potenciadoras de los desplazamientos internos: los conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, violaciones de los Derechos Humanos, catástrofes naturales o provocadas por el ser humano. No obstante, de conformidad con el principio número 6 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de Naciones Unidas (1988) y los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generado por el Desarrollo (2007), la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye a los proyectos de desarrollo a gran escala no justificados por un interés público superior o primordial y violatorios de los Derechos Humanos. En el presente caso el desplazamiento involuntario tiene lugar con ocasión de los proyectos económicos y de desarrollo que al interior de un Estado son autorizados. Lo cual no es óbice para que la definición general que se tiene de este fenómeno sea aplicable respecto de aquellos:

Por su naturaleza, el desplazamiento es siempre un proceso extraordinario, disruptivo y doloroso, económicamente y culturalmente: desmantela sistemas de producción, desorganiza comunidades enteras y rompe redes sociales establecidas desde hace mucho tiempo, destruye activos productivos, causa graves efectos ambientales y la pérdida de valiosos recursos naturales. La investigación ha encontrado que el reasentamiento forzado también tiende a ser asociado con el aumento de estrés (psicológico y sociocultural) y mayores tasas de morbilidad y mortalidad. (Cernea, 1988, p.8)

²³⁷ A menudo se critica la existencia de diferentes tipologías o clasificaciones de las causas que dan lugar al desplazamiento. En este trabajo se sostiene que dichas clasificaciones, más allá del interés académico que suscitan, son necesarias puesto que permiten visibilizar factores que potencian las violaciones de Derechos Humanos y que a menudo se esconden en objetivos y fines legítimos planteados para esta clase de fenómenos.

Con base en lo anterior, si bien el desplazamiento involuntario es definido como un impacto cuya causación depende de su autorización en el marco de una licencia ambiental, los efectos adversos que de él se desprenden para los afectados son múltiples y se producen respecto de varios espectros, puesto que una vez tiene lugar, le sigue un proceso de reasentamiento de la población impactada. El desplazamiento per se implica la destrucción de un arraigo que comprende diferentes componentes macro y micro de las personas afectadas. Con él se afectan las unidades familiares en las que se habita, las relaciones entre familiares y vecinos; el arraigo que aquellas tienen con el territorio, la comunidad y la región; la salud física, psicológica y emocional de las personas trasladadas; los encadenamientos productivos; la propiedad que queda sujeta a un marco de compensaciones diseñado en la mayoría de casos sin una adecuada participación o la plena atención de las necesidades e intereses de las comunidades a compensar, sus dinámicas culturales y sociales, etc.²³⁸

En general, se altera el proyecto de vida de quienes se ven atados por la existencia de un instrumento de gestión ambiental que autoriza su remoción de un determinado territorio. Situación agravada por la limitada comprensión que de los aspectos socioeconómicos se tiene en la planeación y el aprovechamiento ambiental. Con esto, la flexibilización normativa en favor de grupos de poder específicos termina por socavar la soberanía alimentaria²³⁹, lesionar

²³⁸ Adicionalmente se desconoce que el desplazamiento involuntario genera presiones de forma previa al traslado. Al alterarse el proyecto de vida de comunidades enteras, sus individuos pierden la capacidad de proyectarse en su territorio y posponen la realización de metas a mediano y largo plazo dada la zozobra que supone no tener claridad en cuáles términos se dará su traslado y posterior reasentamiento.

Así mismo, pese a que la Organización Mundial de la Salud sugiere una definición holística de la salud, lo cual incluye la salud mental y emocional, se ignora que las afectaciones emocionales que conlleva el desarraigo guarda una relación directa con el desmejoramiento de las condiciones de vida de las personas. En algunos casos, los individuos abandonan su proyecto de vida personal y lo reemplazan por el ejercicio de un liderazgo activo frente a empresas y autoridades públicas en las mesas de concertación del reasentamiento. Garantizar para ellos y sus comunidades los derechos que se generan a su favor, impone sobre ellos cargas y sacrificios de gran magnitud. Sin contar a quienes tenían un alto nivel de dependencia de los recursos naturales de sus territorios, los trabajaban y se ven forzados a “ocuparse” en oficios disímiles o discordantes con sus aptitudes.

²³⁹ Sobre este punto en específico se ha advertido que las economías latinoamericanas quedan expuestas a una “reprimarización”, puesto que son reducidas a la extracción de materias primas, debido al aumento en la demanda de determinados bienes requeridos para la producción de biocombustibles, construcción de represas hidroeléctricas o el ejercicio de la actividad minera. Ver: Svampa, M. (2012), *Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina. Observatorio Social de América Latina*. (32), pp.15-38. Recuperado de:

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20120927103642/OSAL32.pdf>

derechos fundamentales de la población y profundizar los conflictos generados por el despojo, la desposesión y el desplazamiento de los territorios.

Por estas razones, en el presente documento se critica la concepción del desplazamiento involuntario como una dinámica inherente al devenir de proyectos económicos y de desarrollo a gran escala, catalogados como migraciones económicas. Es claro que, sobre los individuos y las poblaciones obligadas a trasladarse opera el aparato estatal que impone un interés general, en ocasiones demasiado abstracto y difuso, sobre sus intereses particulares. Razón por la cual hablar de la existencia de una voluntariedad en su traslado desconoce su causa y el rol limitado de quienes son obligados al mismo.²⁴⁰

A partir de lo anterior, se pueden apresurar tres conclusiones: la discusión desde la teoría sociopolítica ha buscado establecer una frontera entre las migraciones forzadas y voluntarias. Cada vez más esa frontera se atenúa debido a las constantes violaciones a los Derechos Humanos presentes en dichas experiencias (1); los desplazamientos involuntarios motivados por proyectos de desarrollo no están proscritos en el ordenamiento jurídico colombiano, son incluidos en los estudios e instrumentos de gestión ambiental como un impacto contingente de aquellos (2), en el plano internacional, pese a que se reconoce la posibilidad de desplazar a una población siempre y cuando el interés público superior de una nación así lo requiera, se reprocha la arbitrariedad de estos traslados cuandoquiera que no se justifique o pruebe aquél. Dicha arbitrariedad, puede dar lugar a la activación de la responsabilidad penal, entre otras, de quien actúa arbitrariamente, sea particular y/o agente estatal, e internacional de cara al Estado que ampara, soporta o promueve estas prácticas (3).

Sobre este último punto, debido a los efectos críticos del desplazamiento involuntario, cuandoquiera que se adviertan móviles oscuros o situaciones de corrupción en su autorización, quienes así lo propicien desde la Administración Pública estarán llamados a responder.

²⁴⁰ Así mismo, desde un punto de vista semántico y respecto del Estado, la “involuntariedad” aludida pareciera restar o disminuir el juicio de responsabilidad respecto de quien lo decide. Puesto que es claro que, en el marco de los proyectos objeto de este trabajo de grado, es un objetivo deseable y consentido por la autoridad ambiental.

**b) Inexistencia de un marco regulatorio del reasentamiento y convivencia:
Rol de la autoridad ambiental.**

Brevemente se enunciarán los principales riesgos identificados en la “regulación” del desplazamiento involuntario como impacto de los proyectos de desarrollo, junto al rol que respecto del mismo tiene la autoridad ambiental (ANLA).²⁴¹ En cuanto a las diferentes fuentes normativas que conforman el marco regulatorio discutido aquí, la autoridad ambiental reitera que en “Colombia no se ha emitido regulación específica respecto a los procesos de reasentamiento o desplazamiento involuntario diferente al generado por el conflicto armado” (ANLA, 2019, P.1). Tal situación es problemática, puesto que la tendencia hacia la flexibilización de la normativa ambiental beneficia la alta desregulación. Adicionalmente existe un factor que agrava aún más la situación de quienes son obligados al desplazamiento involuntario. La ausencia de una regulación interna, garantista y específica para la protección de los Derechos Humanos de los individuos inmersos en procesos de desplazamiento involuntario, ha sido suplida por las autoridades locales, regionales y nacionales a partir de la normatividad que regula la propiedad privada.²⁴² A menudo se invoca la regulación existente en materia de la Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social (DUPIS) y expropiaciones, judiciales y administrativas, como fuentes aplicables al proceso de reasentamiento involuntario de las poblaciones.²⁴³

Frente a lo anterior, en el presente trabajo se sostiene que la confusión de las diferentes etapas por las que transcurre la decisión de desplazar o no una población con las causas que dan lugar a ello, ha terminado por ser un factor de violación de los derechos de aquellas.²⁴⁴ Así, la DUPIS como facultad administrativa estrechamente relacionada con la

²⁴¹ La información que será consignada a continuación se obtuvo a partir de derecho de petición enviado a la ANLA el 05 de noviembre de 2019. Dicha autoridad emitió respuesta el 27 de noviembre de 2019 con número de radicado 2019186027-2-000.

²⁴² Esto se evidencia además en la información requerida para las caracterizaciones de las poblaciones a reasentar en los estudios ambientales, puesto que se enfocan principalmente en realizar un inventario de las propiedades de los afectados.

²⁴³ “Existe normatividad asociada al tema, específicamente en los temas de propiedad y expropiaciones en casos de proyectos de interés público”. ANLA. Respuesta el 27 de noviembre de 2019 con número de radicado 2019186027-2-000. La anterior afirmación, ilustra el manejo que las autoridades ambientales conceden al desplazamiento involuntario.

²⁴⁴ Igualmente, el diseño de los Planes de Acción para el Reasentamiento (PAR) han conferido un amplio margen de libertad a quienes están obligados a presentarlos. De esta forma, no hay periodos de tiempo

concepción de los PINES es tan solo una de las fuentes²⁴⁵ que puede dar lugar a la orden de traslado de una comunidad, así mismo, la expropiación se constituye como medio para hacerla efectiva. Mientras que el reasentamiento consiste en un estadio paralelo o posterior a la declaratoria y expropiación con una especificidad y complejidad mayores, puesto que requiere de una interdisciplinariedad en su realización y la observación de estándares internacionales²⁴⁶.

La ANLA cita varias fuentes normativas internacionales, diferentes a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de Naciones Unidas²⁴⁷, a partir de las cuales considera regulada la materia. Para ello se basa en: Los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generado por el Desarrollo²⁴⁸, PIDCP²⁴⁹, PIDESC²⁵⁰, CADH²⁵¹, Convenio 169 de la OIT²⁵², Convención sobre los Derechos del Niño²⁵³, CEDAW²⁵⁴, Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial²⁵⁵. Mientras que del plano nacional cita las leyes 56 de 1981, 51 de 1986, la sentencia C-153/1994, el Decreto

impuestos estrictamente para su ejecución, la cual depende en la mayoría de casos de las vicisitudes que se presenten en el proceso de concertación con una comunidad en particular.

²⁴⁵ No en todos los casos la decisión de desplazar a una población se desprende de la Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social. En algunos casos, dicha decisión es sugerida de forma exclusiva por el particular en su Plan de Gestión Social incluido en el PMA correspondiente al EIA que presente. En otros, los proyectos de desarrollo que han iniciado su ejecución, generan afectaciones e impactos en la salud de las poblaciones de su área de influencia directa, lo que motiva a que las autoridades ambientales y administrativas competentes deban decidan trasladarlas. Un ejemplo de esto es la Resolución 970 de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a través de la cual se ordenó a las empresas DRUMMOND LTD., C.I. PRODECO S.A., SOCIEDAD COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S Y VALE COAL COLOMBIA LTD. (sucursal Colombia), reasentar a las poblaciones de El Hatillo y Boquerón en el término de los 2 años siguientes a la ejecutoria de este acto administrativo. Han pasado 9 años y aún las comunidades no han sido reasentadas.

²⁴⁶ Un ejemplo de ellos, es la garantía en favor de “Todas las personas, grupos y comunidades tienen derecho al reasentamiento, que incluye el derecho a una tierra distinta mejor o de igual calidad, y una vivienda que debe satisfacer los siguientes criterios de adecuación: facilidad de acceso, asequibilidad, habitabilidad, seguridad de la tenencia, adecuación cultural, adecuación del lugar y acceso a los servicios esenciales, tales como la salud y la educación”, consagrada en el numeral 16 de Los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generado por el Desarrollo.

²⁴⁷ ONU. E/CN.4/1998/53/Add.2. (11 febrero 1998)

²⁴⁸ ONU. A/HRC/4/18. (05 de febrero 2007)

²⁴⁹ ONU. A/RES/2200A(XI)/1966. (16 diciembre 1996)

²⁵⁰ ONU. A/RES/2200A(XI)/1966. (16 diciembre 1996)

²⁵¹ OEA. CADH. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (22 noviembre 1969)

²⁵² OIT. Convenio 169: sobre pueblos indígenas y tribales. (27 junio 1989).

²⁵³ ONU. A/RES/44/25/1989. (20 noviembre 1989).

²⁵⁴ ONU. A/RES/32/180/1979. (18 diciembre 1979).

²⁵⁵ ONU. A/RES/2106 A (XX)/1965. (21 DICIEMBRE 1965).

1420 de 1998 y las leyes 685 de 2001, 9 de 1989, 388 de 1997, 1228 de 2008 y 84 de 1873²⁵⁶ (ANLA, 2019).

De una lectura rápida del objeto de tales fuentes, se advierte que aquellas que pertenecen al plano internacional consagran una protección indivisible de los Derechos Humanos desde una perspectiva multicausal. Esto comporta que, salvo aquellas que se refieren de forma exclusiva al fenómeno del desplazamiento, la mayoría de estos instrumentos amparan las garantías mínimas a las que tiene derecho cualquier ser humano en cualquier momento y no de forma exclusiva en los procesos de desplazamiento y de reasentamiento. Mientras que las fuentes nacionales se ocupan tan solo del régimen de la propiedad privada, su función social y las facultades que respecto de aquella tiene el Estado. Razones por las cuales se concluye que, si bien algunos de los textos normativos citados contemplan diferentes formas de compensaciones, las mismas han sido pensadas desde una perspectiva económica y no desde una experiencia problemática como el desplazamiento.²⁵⁷

En cuanto al rol específico de la ANLA frente a este impacto socioeconómico. Esta autoridad sugiere la existencia de diferentes documentos de Términos de Referencia para la elaboración del EIA²⁵⁸, DAA²⁵⁹ y otros documentos marco para las políticas de cada sector

²⁵⁶ “Por la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica y acueductos, sistemas de regadío y otras y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras”; “Por la cual se reglamenta el ejercicio de las profesiones de ingeniería eléctrica, ingeniería mecánica y profesiones afines y se dictan otras disposiciones”; C. Constitucional. Sentencia C- 153 del 24 de marzo de 1994. MP: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia en la que se define la expropiación como una operación de derecho público; “Por el cual se reglamentan parcialmente el artículo 37 de la Ley 9 de 1989, el artículo 27 del Decreto-ley 2150 de 1995, los artículos 56, 61, 62, 67, 75, 76, 77, 80, 82, 84 y 87 de la Ley 388 de 1997 y, el artículo 11 del Decreto-ley 151 de 1998, que hacen referencia al tema de avalúos”; “Por la cual se expide el Código de Minas”; “Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo, municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones”; “Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991”; “Por la cual se determinan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones”;

²⁵⁷ Esto hace que incluso el marco compensatorio se vea rezagado a las formas de reparación, rehabilitación y restablecimiento de los derechos, trabajadas desde el Derecho Internacional Público. Sin contar que, en el plano nacional, la experiencia más cercana es aquella de las personas desplazadas por el conflicto armado interno.

²⁵⁸ Resolución 1519 del 26 de julio de 2017 para proyectos de construcción y operación de centrales generadoras de energía hidroeléctrica; Resolución 1284 del 30 de junio de 2006 para la construcción de presas, represas y embalses con capacidad mayor a 200 millones de metros cúbicos de agua; Resolución 2260 del 27 de diciembre de 2016 para el trámite de la licencia ambiental de los proyectos de explotación minera.

²⁵⁹ Resolución 1255 del 30 de junio de 2006 para proyectos puntuales; Resolución 40391 de 2016 que adopta la Política Minera Nacional, marco de operación y línea estratégica para el desarrollo del sector en el país.

que contienen lo anteriormente descrito respecto de la caracterización del medio socioeconómico y la población a reasentar sin mayores cambios. Empero, al mismo tiempo reconoce que el MADS no ha establecido políticas específicas para el reasentamiento, pese a estar contemplado como una consecuencia directa de determinadas licencias ambientales.

En cuanto a sus funciones específicas, la ANLA se encarga de verificar que cada impacto identificado por el solicitante y respecto del cual eleva una petición a la autoridad, existan los estudios pertinentes y “necesarios” para decidir sobre su causación (ANLA, 2019). Lo que sugiere que sus competencias, en el contexto de un grande vacío normativo, son mayoritariamente notariales. Como autoridad competente no define en cuáles eventos o por cuáles razones debe ordenarse el desplazamiento de una población, sino que tan sólo constata que el solicitante de la licencia ambiental entregue la información que de él se requiere para autorizarlo o no, lo cual guarda relación con todas las críticas hechas respecto de su rol, la información que maneja²⁶⁰ y la posibilidad de que el trámite ambiental se vea afectado por eventos de corrupción.

Finalmente, se advierte una fuerte tendencia de los solicitantes de instrumentos ambientales de adoptar a motu proprio las políticas operacionales y los procedimientos establecidos por organizaciones internacionales como el Banco Mundial, lo cual supone un problema adicional, puesto que si bien adoptan algunos de los criterios establecidos respecto del reasentamiento involuntario, su obligatoriedad es nula, salvo que el proyecto de desarrollo en cuestión cuente con financiación proveniente de esta clase de organismos.²⁶¹

c) Concurso real heterogéneo sucesivo entre los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción.

²⁶⁰ Sobre este punto, la Ley 388 de 1997 en su artículo 58 define y enlista los motivos de utilidad pública que autorizan la expropiación de determinados bienes, los cuales en su mayoría se refieren a la construcción de proyectos de desarrollo, junto a otras causas como la preservación del patrimonio cultural y natural, constitución de zonas de reserva para la expansión futura de ciudades, proyectos de urbanización, etc. En principio podría aducirse que dicha norma constituye una garantía en contra de la arbitrariedad que se presenta en el trámite de licenciamiento ambiental, sin embargo, es claro que dicha enunciación legal no incluye parámetros o criterios estrictos que garanticen que cada proyecto perteneciente a estas categorías en efecto represente el interés general y no uno particular.

²⁶¹ Así se advierte en el Manual de Operaciones del Banco Mundial. OP.4-12 (diciembre de 2001). “Reasentamiento involuntario”. Pp.7-12. Adicionalmente, en una búsqueda de los planes de gestión social de diferentes proyectos se observa la incorporación de esta clase de manuales y la aceptación plena que frente a ellos manifiestan las autoridades administrativas.

Pese a que el objeto de esta tesis es la configuración del concurso real heterogéneo entre los delitos de cohecho propio y el desplazamiento forzado, no es dable obviar que tras el otorgamiento de la licencia ambiental producto de la connivencia entre la autoridad pública y el particular se integra un concurso adicional con el delito de prevaricato por acción.²⁶²

Consagrado en el artículo 413²⁶³ del Código Penal colombiano como parte del catálogo de delitos contra la Administración Pública²⁶⁴, la norma tipifica la conducta de aquel servidor público que “profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”. De esta forma, la posible configuración del concurso real heterogéneo sucesivo entre este delito y el cohecho propio, se plantea a partir de la hipótesis conforme a la cual el particular interesado en hacerse a la licencia ambiental, da u ofrece al servidor público dinero u otra utilidad que este recibe para sí, para otro o acepta como promesa, a cambio de retardar, omitir un acto propio de su cargo o ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales que conduzca a la expedición del instrumento de gestión ambiental. Respecto de esta primera aproximación se plantean dos incógnitas: por qué la expedición de una licencia ambiental en desconocimiento de los diferentes requerimientos, obligaciones y fines del trámite ambiental da lugar al delito de prevaricato por acción (1) y cuáles hipótesis y respecto de cuáles servidores públicos pueden considerarse “manifiestamente” contrarias a la ley (2).

En primer lugar, la ANLA se pronuncia a través de actos administrativos como lo son los conceptos proferidos en ejercicio de sus funciones, autos de trámite y la licencia ambiental. A través de ellos emite juicios de valor sobre cada una de las particularidades del proyecto en cuestión, determina su viabilidad ambiental, concede un conjunto de autorizaciones, permisos, concesiones e impone las obligaciones necesarias para su ejecución. Cuandoquiera que estos actos administrativos son emitidos de forma “manifiestamente” contraria a la ley, se configura el delito de prevaricato por acción cuyo objeto jurídico consiste en una resolución, concepto o dictamen de la autoridad que

²⁶² Debido a que este concurso no es el objeto central de la discusión aquí planteada, se explicará brevemente.

²⁶³ **“ARTÍCULO 413. PREVARICATO POR ACCIÓN:** El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

²⁶⁴ Por tal motivo, las consideraciones generales hechas respecto de los delitos contra la Administración Pública son aplicables a este reato.

corresponda a “un actuar caprichoso, malicioso o arbitrario, manifestado por el servidor público al proferir la decisión y ser acompañada del querer y la voluntad orientados en esa dirección” (CSJ, 2019, P.4). Se trata de una conducta dolosa que no admite modalidad culposa.

La CSJ ha señalado que las “simples diferencias de criterios” o aquellas materias que dada su complejidad dan lugar a diferentes interpretaciones u opiniones, no son propias del prevaricato. En este sentido, la simple discrepancia con la decisión proferida por una autoridad no configura el reato, la “contradicción debe surgir evidente, sin mayores elucubraciones” (CSJ, 2015, p.19). De esta forma el prevaricato habrá de cometerse cuando la contrariedad con el derecho es de fondo y no de forma, debido a que en nada interesan los motivos que se persiguen con su comisión, bastará con el conocimiento de la ilicitud por parte del servidor público respecto de su actuar (Cancino, 2011). Para determinar la ilegalidad de los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, además, será necesario probar que se ha violentado “de manera inequívoca el texto y el sentido” de la normatividad ambiental (CSJ, 2019, 13), de forma tal que no haya justificación razonable para ello.

Razones por las cuales, en el concurso heterogéneo sucesivo propuesto, la comisión del cohecho propio opera a su vez como indicio de la conducta prevaricadora, dado que el propósito perseguido con el actuar criminal es la expedición de la licencia ambiental pese a que no haya derecho a ello. La pretermisión, omisión o contrariedad de los requisitos y fines establecidos como condiciones sin las cuales no se puede otorgar este instrumento, afectará la razonabilidad de la decisión de otorgarla. En este sentido, en el juicio valorativo del prevaricato por acción se deberán analizar “las circunstancias concretas bajo las cuales se adoptó, así como los elementos de juicio con los que contaba al momento de proferirlo” (CSJ, 2019, p.21), siendo una de ellas la connivencia denunciada.

Así mismo, el servidor que conoce la necesidad de determinados requisitos y su influjo sobre la decisión de viabilidad ambiental, es consciente de la ilegalidad de su actuar y la ausencia de justificación del mismo. No interesa los efectos que sigan a la decisión manifiestamente contraria a derecho, de ser así ello constituiría un factor agravante, no obstante, el conocimiento especial del trámite ambiental y de sus exigencias comportan que no se pueda excusar en la ignorancia del mismo o en la inconformidad con aquellas debido a

que la restricción de derechos que del mismo se desprende justifica su existencia y carácter imperioso.²⁶⁵

En la hipótesis propuesta no se discute el acierto de la autoridad ambiental al otorgar la licencia o proferir un concepto favorable al solicitante. Se plantea la comisión del cohecho propio para otorgar una licencia ambiental de forma contraria a los deberes oficiales o en omisión de los requisitos para tales efectos establecidos en la normatividad ambiental, seguido por el proferimiento arbitrario y manifiestamente contrario a derecho de aquellos, esto es “como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo”²⁶⁶ (CS, 2019, p.13). Debido a que el análisis para la toma de las decisiones discutidas por parte de la autoridad ambiental se sustenta en un fuerte componente técnico científico, además motivado por fines específicos de la materia ambiental, y pese a la complejidad que ello puede suponer, se descarta la posibilidad de que los actos administrativos en cuestión sean objeto de simples diferencias en su emisión. El sustento del reproche penal será el desconocimiento intencional, grosero y arbitrario de la normatividad ambiental.

En segundo lugar, con base en la hipótesis general planteada, la comisión del cohecho propio en el trámite de un PINE puede predicarse respecto del Director General de la ANLA y de los funcionarios de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales. Con el anterior Decreto 3573 de 2011, el Director General, funcionario público de libre nombramiento y remoción designado por el Ministro de ambiente y desarrollo sostenible, era el encargado principal del otorgamiento de las licencias, permisos y trámites ambientales y de la coordinación para la evaluación de los estudios allegados en el marco de su trámite²⁶⁷. No obstante, bajo el texto normativo del Decreto 376 del 11 de marzo de 2020²⁶⁸, la función de dirección en la realización de los estudios ambientales se vio notablemente reducida,

²⁶⁵ Sin obviar que la contrariedad con los requisitos o pasos establecidos al interior del trámite de licenciamiento ambiental, no constituyen una causal de justificación del actuar ilícito por parte del servidor público.

²⁶⁶ Esto comporta que la decisión proferida por la autoridad administrativa, de conformidad con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la CSJ, deba “vulnerar de manera frontal y grotesca el derecho aplicable al caso particular” (CSJ, 2018, p.20).

²⁶⁷ Decreto 3573 de 2011, artículo 10.

²⁶⁸ “Por el cual se modifica la estructura de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA” proferido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

puesto que, el artículo 2 optó por limitar las competencias de este funcionario al ordenarle “suscribir” los actos administrativos a través de los cuales otorga, niega, modifica, ajusta o declara la terminación de las licencias, permisos y trámites ambientales.

Mientras que en el caso de los funcionarios de dicha Subdirección²⁶⁹, conforme al artículo 9 del Decreto 376, se dejó a su cargo las siguientes funciones, relevantes para el objeto propuesto en este trabajo de grado:

“(1) Evaluar las solicitudes de licencias ambientales y planes de manejo ambiental o su modificación para definir la viabilidad ambiental de los proyectos, obras o actividades; (2) Evaluar y modificar las solicitudes de los dictámenes técnicos ambientales de competencia de la entidad; (3) Controlar el cumplimiento de los términos en los procesos de permisos, licencias y trámites ambientales, y verificar la suspensión de los mismos, en los asuntos de competencia de la entidad; (4) Expedir los actos administrativos relativos a la solicitud de cambio de solicitante dentro del trámite para el otorgamiento de licenciamiento ambiental; (5) Suscribir los actos administrativos sobre la necesidad de diagnóstico ambiental de alternativas, de conformidad con la normativa vigente; (6) Evaluar las solicitudes de diagnóstico ambiental de alternativas de proyectos, obras o actividades a las que les aplique este trámite, y suscribir los actos administrativos que se requieran de conformidad con la normativa vigente. (...).

Con base en lo anterior, se configurará el concurso propuesto una vez ha mediado la aceptación del servidor público de los ofrecimientos o promesas hechas por el solicitante²⁷⁰ cuando: el Director General otorga²⁷¹ la licencia ambiental omitiendo la exigencia o

²⁶⁹ En el Decreto 3573 de 2011, artículo 14, era la Subdirección de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales la encargada de evaluar las solicitudes de permisos y trámites ambientales, al tiempo que definía su viabilidad ambiental; emitir los conceptos base de los actos administrativos para el otorgamiento de aquellos; preparar los actos administrativos a través de los cuales se otorgaban o negaban los permisos y trámites ambientales y realizar su correspondiente seguimiento.

²⁷⁰ Algunas de estas hipótesis podrían predicarse de la Subdirección de Seguimiento de Licencias Ambientales, debido a las funciones que de ella se predicen, artículo 10 del Decreto 376 de 2020, no obstante, este trabajo se centra en la fase de estudio y otorgamiento de la licencia ambiental, más no en su evaluación y seguimiento.

²⁷¹ En este evento, se optó por desprender el otorgamiento del instrumento de gestión ambiental a partir de la suscripción del acto administrativo, el cual, si bien luce reducido en comparación con las funciones asignadas a la Subdirección de Evaluación, no está exento del análisis de conformidad con las disposiciones del ordenamiento jurídico ambiental.

cumplimiento de los requisitos sustanciales y en contradicción con los fines establecidos por la normatividad ambiental (1), otorga la licencia ambiental a partir de la ejecución contraria de sus deberes oficiales (2), evalúa en contradicción con sus deberes oficiales y parámetros legales, las solicitudes del instrumento de gestión ambiental y su PMA, los conceptos sobre dictámenes técnicos ambientales, cumplimiento de términos en los trámites y procesos, los actos administrativos que deciden sobre la necesidad del DAA, elaborados y suscritos para él por parte de la Subdirección (3). Lo mismo sucederá cuando los servidores de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales evalúen de forma contraria a sus deberes oficiales las solicitudes elevadas (4), preparen o profieran los conceptos base para la expedición de los actos administrativos por parte del Director General de forma antirreglamentaria, arbitraria, en omisión de los requisitos o de forma contraria a sus deberes oficiales (5), omitan la realización del seguimiento a los permisos concedidos (6) y/o ejecutan sus competencias y funciones de forma contraria a sus deberes oficiales.

Si después de consumada cualquiera de las conductas anteriormente descritas, entre otras, le sigue el proferimiento de la licencia ambiental, un concepto o auto de trámite sin fundamento razonable en el ordenamiento ambiental, cuyo efecto sea la autorización del proyecto en cuestión²⁷² o cualquier decisión favorable para su materialización, se habrá consumado el concurso heterogéneo sucesivo entre los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción respecto de los funcionarios en cuestión por tratarse de dos acciones diversas, puesto que la comisión del cohecho no exige la materialización de la acción por la cual se soborna al servidor público, mientras que el prevaricato por acción se configura tan sólo con el proferimiento de la resolución, dictamen o concepto.

Al suceder ambas cosas, entonces, ¿qué ocurre cuando la licencia ambiental o el concepto que declara la viabilidad ambiental proferido en las condiciones descritas autoriza lo que se cree es un desplazamiento involuntario²⁷³?

²⁷² Se debe aclarar que en el presente caso se prioriza la emisión de todos aquellos autos, conceptos y licencias que constituyen actos administrativos, por ser el escenario escogido. No obstante, lo mismo podrá predicarse de otra clase de pronunciamientos, decisiones o conceptos.

²⁷³ En este punto vale la pena aclarar que al utilizarse la expresión “desplazamiento involuntario” se hace en atención a lo explicado sobre el impacto socioeconómico. En el tercer capítulo se hará aún más evidente la diferencia existente entre aquél y el delito de desplazamiento forzado.

Capítulo 3

La autoridad ambiental y la configuración del delito de desplazamiento forzado en el trámite del licenciamiento ambiental

A continuación, se concluirán las principales premisas abordadas en el curso de los dos anteriores acápite. El propósito del primer capítulo consistió en una crítica a aquello que se entiende lesionado del bien jurídico de la Administración Pública a partir de una presentación de las particularidades históricas y dogmáticas del cohecho propio como delito que ha marcado el contexto sociopolítico colombiano. En el segundo capítulo se abordaron las especificidades del trámite de licenciamiento ambiental con un énfasis en el componente socioeconómico y los riesgos inmersos en contextos de corrupción y una alta flexibilización o tendencia hacia la desregulación ambiental.

Con base en lo anterior, fue posible sugerir tres importantes conjeturas: los grandes problemas advertidos en la normatividad ambiental han logrado incidir en la regulación de los impactos socioeconómicos, considerados superficialmente en los instrumentos de gestión ambiental (1), si a lo anterior se aúna la comisión de actos de corrupción por parte de la autoridad ambiental en la ejecución de sus competencias, se aprecia una degradación mayor de los conflictos descritos con potenciales consecuencias gravosas para el medio ambiente y las poblaciones que lo habitan (2), y en razón de esto, impactos como el desplazamiento involuntario²⁷⁴ pueden conducir a la violación de los Derechos Humanos y adquirir una relevancia penal, cuandoquiera que se pruebe en su causación fines o medios arbitrarios fuera del amparo del derecho (3).

Sobre esta última afirmación versará este apartado, para ello se abordarán los siguientes puntos: el estudio del delito de desplazamiento forzado en un contexto diferente al conflicto armado interno (I), la presentación de dos hipótesis de responsabilidad penal de la autoridad ambiental con ocasión del otorgamiento de la licencia que configuran un concurso real heterogéneo entre los delitos de cohecho propio, prevaricato por acción y

²⁷⁴ En este punto, se reitera que el uso de la expresión “desplazamiento involuntario” hace referencia al impacto socioeconómico sobre el cual versa parte del segundo capítulo. Cuandoquiera que se haga referencia al tipo penal se hará uso de la expresión “desplazamiento forzado”.

desplazamiento forzado (II), y conclusiones de la “transición” de un impacto socioeconómico como el desplazamiento involuntario al delito común de desplazamiento forzado (III).

I. Desplazamiento forzado: análisis en contextos diferentes al conflicto armado interno.

Este apartado se centrará en las principales consideraciones dogmáticas del delito de desplazamiento forzado²⁷⁵, relevantes para la satisfacción de los objetivos previamente establecidos. Esto supone precisar algunos aspectos: pese a que la mayoría de estudios existentes en la materia se han concentrado en los fenómenos de violencia generalizada y/o sistemática suscitados por el devenir del conflicto armado interno colombiano, los mismos no serán objeto de análisis o discusión. Tampoco se estudiará el desplazamiento forzado como infracción o crimen relevante para el Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional y/o Derecho Internacional de los Derechos Humanos, causa de la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucionales²⁷⁶ en nuestro país desde el año 2004 debido al escalamiento de este flagelo.²⁷⁷

Por esta razón, pese a que la legislación penal tipifica esta conducta como infracción al DIH en el artículo 159, se optará por el estudio del tipo penal contenido en el Título III, capítulo V del Código Penal colombiano. Como se advertirá más adelante, se propondrá un

²⁷⁵ En este capítulo no se estudiará lo atinente al crimen internacional de desplazamiento forzado consagrado en el artículo 159 del Código Penal colombiano, por no ser la conducta aquí relevante. Por esta razón, se descartará su presentación general y se hará especial énfasis en aquellos elementos útiles con ocasión de las hipótesis a plantear.

²⁷⁶ La sentencia T-025 de 2004 declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional “en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado”. (C. Const. 2004, p.84).

²⁷⁷ A esto se suma un déficit en la persecución penal del desplazamiento forzado como delito ordinario, agravado por las dificultades en su análisis y correcta adecuación. Ver: Aponte, C. A. (2012). *El desplazamiento forzado como crimen internacional: Nuevas exigencias a la dogmática jurídico – penal*. Revista Universitas, N°125: 15-51. P.18. En igual sentido la ONG “Abogados sin fronteras Canadá” denuncia la invisibilidad del desplazamiento forzado, lo que podría atribuirse a “deficiencias en las investigaciones que impiden llegar a la etapa de juicio, dificultades que enfrenta la Administración de Justicia para recoger y practicar pruebas y testimonios; el miedo de las víctimas a denunciar, por temor a represalias, la desconfianza de las víctimas en el sistema de justicia; las dificultades que se presentan para ubicar a los testigos y las limitadas medidas de protección para éstos y las víctimas, que muchas veces les llevan a desistir de prestar su testimonio”. Ver: ASFC. (2013). *Persecución penal del delito de desplazamiento forzado en Colombia: Informe final de observación del proceso 2011-01799*. Bogotá, Colombia: Diseño Editorial Ecosueño. Pp. 6 y 18.

modelo de interpretación de este delito diferente al tradicional. Esto obedece a que si bien la relación criminal entre agentes estatales y particulares para la obtención de utilidades económicas y otros fines relacionados con la dominación de los territorios ha sido plenamente retratada en el marco de la violencia colombiana, no obedece a las hipótesis a plantear en el presente capítulo, en las que si bien las partes parecen ser las mismas, el desplazamiento encuentra su causa en la corrupción de las autoridades ambientales encargadas de licenciar actividades económicas legales. Lo cual supone un reto mayor dada la escasa jurisprudencia que en torno a este delito hay, más allá de nuestra dolorosa experiencia.

De esta forma, como parte del conjunto de delitos contra la autonomía personal, el artículo 180 del Código Penal colombiano consagra el siguiente tipo penal:

ARTICULO 180. DESPLAZAMIENTO FORZADO. El que, de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de ochocientos (800) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

Conducta que en términos generales ha sido definida como un atentado en contra de la capacidad de autodeterminación de los individuos al “lograr el cambio de residencia de una o varias personas de un mismo sector de población mediante cualquier tipo de coacción” (Sampedro, 2011, p.790). Lo cual se traduce en la imposición de un traslado que la víctima no desea, pero que por razones superiores a ella se ve obligada a soportar. Son estas razones las que nos interesan para justificar la relevancia penal de dicho traslado, cuando su comisión

es llevada a cabo por la autoridad ambiental (ANLA) en el curso del otorgamiento de una licencia a un proyecto de desarrollo (PINE).²⁷⁸

a) Conducta pluriofensiva en contextos de violación de los Derechos Humanos.

La CSJ ha considerado que una conducta de esta clase:

Comporta el ejercicio de una violencia o coacción arbitraria que menoscaba la libertad de la víctima de elegir el lugar del territorio nacional en el que desea habitar y desarrollar su proyecto de vida, pues es sometida a intimidación y al sometimiento de su voluntad a fin de obligarlo a variar de su lugar de residencia. (CSJ, 2018, p.21)

Se trata de un comportamiento pluriofensivo que frecuentemente se encuentra inmerso o asociado a contextos de violaciones generalizadas y/o sistemáticas²⁷⁹ de los Derechos Humanos. Por ende, contrario a lo que pudiera sostenerse a partir de una interpretación restrictiva del tipo penal, no solo afecta la decisión de residir en una parte determinada del territorio, sino que además implica un riesgo para bienes jurídicos tales como la vida e integridad física de quienes se ven obligados a desplazarse, serias afectaciones físicas, psicológicas y emocionales, la propiedad privada y en algunos casos las dinámicas del desplazamiento forzado dan lugar a la ocurrencia de otros delitos tales como aquellos en contra de la libertad, integridad y formación sexuales, sin obviar que se lesiona la dignidad de los individuos y múltiples derechos fundamentales que les son negados como el derecho a la vivienda digna, al domicilio, a la libre locomoción, a la paz, educación, entre otros (CSJ, 2016). Al trastocarse un proyecto de vida, se afectan con él las posibilidades materiales de hacer efectivos cada uno de los elementos que lo integran.

El desplazamiento forzado al privar a su víctima de la posibilidad de escoger el sitio de su residencia, encierra un conjunto de violaciones a otros derechos fundamentales que agravan la magnitud del delito, sin contar que una vez se ha consumado, sume a las víctimas

²⁷⁸ De nuevo se reitera que se harán referencias tangenciales a la responsabilidad de los particulares en el presente caso, toda vez que el interés central se ocupará de la conducta de las autoridades administrativas.

²⁷⁹ Estos conceptos son utilizados en el marco del DIH, el DPI y el DIDH para explicar contextos en los cuales las violaciones o infracciones al derecho se da en términos de masividad y se descarta su ocurrencia al azar. Sin embargo, nada evita que sean utilizados para retratar un modus operandi en particular en el contexto del objetivo propuesto.

en contextos de indefensión y alta vulnerabilidad aún mayores²⁸⁰ a aquellos en los que residían.²⁸¹ Los desplazados, “desarraigados de sus lugares de origen y privados de sus recursos básicos (...) se encuentran privados de vivienda, comida y servicios de salud más frecuentemente que el resto de la población” (OACNUDH, ACNUR y CODHES, 2001, p.349).²⁸²

La mayoría de las víctimas de esta conducta son personas en condiciones socioeconómicas precarias y de vulnerabilidad preexistentes al hecho delictivo. Tiene lógica si se advierte que en situaciones en las cuales la causa del delito es la arbitrariedad de los medios con los que se causa, es más probable que aquella sea discutida en sede judicial por personas con condiciones y medios favorables que así lo permitan. Esto ha llevado a que en algunos escenarios se sugiera que la reparación de las diferentes tipologías de daños generadas por este ilícito sea realizada en atención a la justicia distributiva y no tan sólo de la justicia retributiva.²⁸³ Quienes se oponen a esta postura²⁸⁴ aducen que el fundamento de la reparación no es el principio de solidaridad. Sin embargo, nada obsta para que la reparación

²⁸⁰ Sin obviar que en múltiples ocasiones se presentan conflictos con las comunidades receptoras de los reasentados. Esto puede deberse a diferencias culturales, a la noción de peligro que los desplazados representan para quienes deben recibirlos o incluso a una por los recursos ya escasos para ambas comunidades, entre otras posibles causas.

²⁸¹ Esto ha hecho que los desplazados sean reconocidos como sujetos de especial protección o protección reforzada al interior del ordenamiento jurídico colombiano, debido a que uno de los rasgos principales de esta población es “la vulneración masiva de derechos fundamentales a la población desplazada”. Muñoz, P. J.J. (2014). *El desplazamiento forzado interno en la normatividad internacional y en el ordenamiento jurídico colombiano*. Cauca, Colombia: Editorial Universidad del Cauca. P.92.

²⁸² La publicación citada analizó el desplazamiento forzado como consecuencia del conflicto armado interno colombiano. No obstante, las consecuencias descritas son mayoritariamente iguales y compartidas por las diferentes clases de desplazados, los factores agravantes y sus dimensiones sí podrán variar dependiendo de la causa. El hecho de que la conducta delictiva se consume, genera una situación de desprotección continuada para los desplazados que integran un sector vulnerable de la población, lo cual influye en la naturaleza del delito.

²⁸³ Es el caso de la teoría de las “Reparaciones Transformadoras” propuesta y desarrollada por Rodrigo Uprimny, quien sugiere que en la comisión de un daño a poblaciones o sujetos cuyas condiciones preexistentes al mismo hicieran más aberrante el hecho, debería ordenarse una reparación comprensiva de las causas estructurales de sus condiciones de indefensión y vulnerabilidad. Ver: Uprimny, R. (2009). *Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática*. En: *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá, Colombia: ICTJ y DeJusticia.

²⁸⁴ Ver: MCausland, S. M.C. (2008). *Tipología y Reparación del Daño No Patrimonial: Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. p.87.

no sea ajena a situaciones aberrantes agravadas o desencadenadas por la comisión de esta conducta ilícita en particular.

En escenarios de connivencia entre autoridades públicas y grupos de poder económicos ocultos tras proyectos de desarrollo, la vileza de sus fines y los medios que utilizan para materializarlos deben promover un análisis adicional respecto de los medios compensatorios o indemnizatorios subsiguientes o coetáneos a la declaración de la responsabilidad penal, tal y como sucede en el marco de los conflictos armados.²⁸⁵ Sobre el deber de reparación de los particulares, la C. Const. estableció que son obligados a reparar quienes son “(i) penalmente responsables; (ii) los que de acuerdo con la ley sustancial deben responder por los hechos cometidos por otros, es decir los conocidos como terceros civilmente responsables, y (iii) los que se enriquecen ilícitamente con el delito”²⁸⁶ (C. Const., 2006, p.385). Si bien esta postura fue sostenida respecto de la responsabilidad civil que se desprende del hecho punible cometido por grupos armados, organizados e ilegales, es aplicable al caso propuesto en este trabajo de grado con algunas morigeraciones.

Respecto de los agentes estatales con competencia para otorgar el instrumento de gestión ambiental y autorizar el desplazamiento involuntario, cuando lo hagan movidos por fines fútiles e ilícitos y por ellos perciban utilidades o contraprestaciones, deberán responder con su patrimonio, puesto que el artículo 90 de la Constitución Política autoriza que los daños antijurídicos imputables al dolo o a la culpa grave de aquellos puedan ser repetidos por el Estado en su contra.

Finalmente, la naturaleza pluriofensiva de esta conducta guarda una estrecha relación con los factores de empobrecimiento ampliamente estudiados por científicos sociales como Cernea y Muggah, resumidos por la C. Const. (2003) en la pérdida de tierras y viviendas,

²⁸⁵ Esto a partir de los avances reconocidos en materia de reparaciones y sus modalidades como ha sucedido a partir de la jurisprudencia de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, en una menor medida, o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así mismo, diferentes instancias internacionales han consolidado un estudio sobre la materia, por ejemplo, Naciones Unidas así lo ha hecho a través de documentos como las Directrices de Joinet, junto a un conjunto amplio de resoluciones y recomendaciones sobre aquella. Desarrollo a los que no ha sido ajena la legislación interna al pretender incorporarlos, como es el caso de la Ley 1448 de 2011 y sus formas de reparación que cuentan con una referencia expresa al desplazamiento forzado con ocasión de la violencia armada.

²⁸⁶ Así también se encuentra regulado en los artículos 102 a 108 del Código de Procedimiento Penal, en lo que atañe al incidente de reparación integral. Como en la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito de particulares y de servidores públicos en los artículos 327 y 412, respectivamente, del Código Penal.

desempleo, pérdida o destrucción del hogar, fenómenos de marginación, incremento de enfermedades e índices de mortalidad, inseguridad alimentaria, altos niveles de desarticulación social a los cuales se suman la pérdida de posibilidades de acceso a la educación de niños víctimas de este flagelo y dificultades mayores para ejercer una participación política de las víctimas en general.²⁸⁷ Esto, a su vez, guarda una peligrosa similitud con los efectos desprendidos del desplazamiento involuntario.

De esta forma, dada la pretensión de este documento de enlazar la conducta corrupta de la autoridad ambiental con la causación del delito de desplazamiento forzado, se entrevé que el servidor público que cohecha genera efectos que van más allá de afectar la buena imagen de la Administración Pública como bien jurídico protegido y tienen una incidencia directa en un cúmulo de garantías y derechos fundamentales de la ciudadanía en general. Al mismo tiempo que su conducta prevaricadora, no solo lesiona el instituto jurídico de la Administración, sino que dirige su contrariedad manifiesta hacia el derecho en contra de quien no es beneficiado por la conducta arbitraria del servidor público y padece sus efectos.

b) Naturaleza jurídica del desplazamiento forzado. Conducta típica y ausencia de sujeto activo cualificado.

Se trata de un delito permanente. Su “comisión se extiende y actualiza mientras se mantenga el desarraigo de las víctimas” (CSJ, 2016, p.15), siempre que aquellas no regresen al territorio del cual fueron arbitrariamente trasladadas o a uno en el que se restablezcan sus derechos por la imposibilidad material de regresar al sitio de origen, el delito continuará ejecutándose y actualizará el dolo de quien lo ha cometido. Además, es un tipo penal de resultado, puesto que la conducta para considerarse ejecutada exige que uno o varios individuos pertenecientes a un sector determinado de una población cambien su lugar de

²⁸⁷ Bien podría aducirse que la condición de víctimas en contextos de grave desprotección de los derechos fundamentales y profundas incapacidades estatales para dar pronta solución, terminan por enervar un adecuado ejercicio de la ciudadanía, los deberes y derechos que esta conlleva. “Lo que se presenta con el desplazamiento forzado es la insatisfacción de necesidades básicas como la alimentación, la salud, la educación, la falta de vivienda digna en razón a que la mayoría de desplazados terminan viviendo en condiciones infrahumanas y hacinados en zonas marginales de las ciudades, afectados por el desarraigo, desterrados, víctimas del choque cultural y revictimizados por la sociedad que los iguala a los autores o partícipes del desplazamiento forzado, como si fueran los victimarios. También el acceso a los servicios públicos esenciales es limitado y a veces nulo para los desplazados”. Ver: González, M. P.E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Colección JUS Penal. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. p.228.

residencia. Es con el traslado obligado que se lesionan la libertad individual y la capacidad de autodeterminación de aquellos.

Así mismo el tipo objetivo no impone un sujeto activo cualificado. La conducta puede ser realizada por particulares, servidores públicos o agentes estatales. Pero, el artículo 181 del texto penal aumenta la pena prevista para esta conducta hasta una tercera parte cuando el sujeto que la comete tiene la condición de servidor público, entre otras circunstancias de agravación.²⁸⁸ En el capítulo primero se diferenció entre servidores públicos de derecho, hecho y los usurpadores, de forma que para poder imputar la circunstancia de agravación contenida en el numeral 1 de la norma citada, los funcionarios de la Dirección General o de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales de la ANLA, tendrían que ostentar de derecho o de hecho dicha condición al momento de otorgar la licencia que ordena el traslado de uno o varios miembros de un sector de la población.²⁸⁹

Tampoco goza de cualificación alguna el sujeto pasivo. Sin embargo, a menudo se acude a la definición que la Ley 387 de 1997 ofrece de los desplazados en su artículo 1. Dado el carácter restrictivo de dicha definición, la misma no es compartida en el presente trabajo, puesto que encierra una contradicción al considerar que son desplazados solo quienes han sido vulnerados en su vida, integridad física, seguridad o libertad personal o hayan sido directamente amenazados con ocasión de las situaciones enlistadas como el “conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público”.

²⁸⁸²⁸⁸ **“ARTÍCULO 181. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA.** La pena prevista en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte: 1. Cuando el agente tuviere la condición de servidor público; 2. Cuando se cometa en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada; 3. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: periodistas, comunicadores sociales, defensores de los Derechos Humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; 4. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado; 5. Cuando se sometiere a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

²⁸⁹ Debido a que se hace referencia tanto a los funcionarios de la Dirección General como de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales de la ANLA, se debe entender que las hipótesis planteadas deberán predicarse de las competencias particulares que cada uno tiene y cuyo resultado sea el otorgamiento del instrumento de gestión ambiental.

Si bien es comprensible que, dado el contexto en el cual fue proferido, el texto normativo considerara tales circunstancias como causas exclusivas del desplazamiento forzado, no se compadece con la realidad de los avances reconocidos desde el plano internacional en el cual el desplazamiento es susceptible de ser perpetrado en el marco de proyectos económicos y es precisamente la arbitrariedad en su causación uno de sus rasgos definitorios.²⁹⁰ Restringir las posibles causas de este fenómeno, no investigar, juzgar y sancionar otras por fuera de las enlistadas, podría conducir al grave incumplimiento de obligaciones internacionales a cargo del Estado colombiano en violación de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Pese a esto, la tendencia judicial ha restringido el análisis del tipo y sus elementos. Lo que permite plantear las siguientes dos críticas sobre la interpretación hecha del desplazamiento forzado como delito común en sede judicial: A menudo se confunde la masividad en la comisión del crimen con la masividad de las lesiones que genera. En el primero de los casos dicha masividad define el carácter generalizado con una connotación cuantitativa en la ejecución del delito que alcanza a una multiplicidad de víctimas o a un amplio espectro de los bienes protegidos por este; mientras que la masividad de los efectos hace referencia a las consecuencias que genera el delito una vez ha sido perpetrado, las cuales se extienden en el tiempo sobre otros bienes jurídicos no necesariamente protegidos por el tipo penal y que además se pueden predicar respecto de una o todas las víctimas.

Además, el tipo objetivo aquí estudiado no exige la constatación de un elemento contextual como lo es el “conflicto armado” requerido por el tipo penal del artículo 159. No obstante, la dificultad observada de una lectura de la escasa jurisprudencia de la CSJ²⁹¹ denota

²⁹⁰ Los Principios Rectores sobre los Desplazamientos Internos en su preámbulo definen a los desplazados como “Toda persona o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los Derechos Humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”. “Sin embargo, no se trata de una lista exhaustiva; la expresión “en particular” significa que no se excluye la posibilidad de que haya otras situaciones que cumplan las otras dos condiciones de desplazamiento forzoso en el interior del propio país”. Grupo Temático Mundial de Protección. (2010). Manual para la Protección de los Desplazados Internos. P.8.

²⁹¹ En varias oportunidades la CSJ ha hecho el esfuerzo de reconocer las diferentes causas del desplazamiento y ahondar en las exigencias del tipo penal objetivo del artículo 180. De esta forma, si bien el tribunal admite el ejercicio de la violencia o de coacciones arbitrarias como medios para limitar la autonomía de las víctimas, lograr su intimidación y posterior sometimiento, cita decisiones de la C. Const., en las cuales se hace referencia

que en el análisis del delito común dicho elemento es exigido recurrentemente como uno de los requisitos para acreditar su ocurrencia, al tiempo que pareciera equipararse implícitamente con la macro-criminalidad²⁹². Esto a su vez ha generado que el delito común se presuma tan sólo cometido por grupos armados organizados al margen de la ley, bajo patrones de macro-criminalidad que deben ser acreditados, tales como la ausencia de presencia estatal en los territorios, la presencia de estos grupos, su estructura criminal, dominio del territorio, plan delictivo, modus operandi y fines perseguidos, entre otros más (CSJ, 2016).

Lo anterior ha dificultado el estudio del tipo objetivo del artículo 180²⁹³ y su propuesta de aplicación en casos que no se compadecen con los parámetros establecidos, al influir en la posibilidad de considerar que un sujeto sin una estructura de poder criminal de esta clase, que garantice la materialización de sus actos, pueda provocar un desplazamiento forzado.²⁹⁴ De manera que se ha truncado el desarrollo en la interpretación de los elementos de este

al carácter generalizado y sistemático de contextos de violaciones a los DD.HH., principalmente asociados a la guerra. Lo que hace que el estudio de los elementos citados se remita necesariamente a un contexto de macro-criminalidad que, si bien es la regla general, excluye el análisis de otras hipótesis que podrían conducir a la impunidad. Adicionalmente, pese a que en esta decisión se hace una expresa referencia a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, se excluye mención alguna al Principio 6 en el que se extiende la protección del instrumento sobre los desplazamientos arbitrarios, entre los que se encuentran los proyectos de desarrollo a gran escala, sin justificación en el interés público superior o primordial. Ver: CSJ. Sala de Casación Penal. 29 de junio de 2016. MP: José Francisco Acuña Vizcaya.

²⁹² El Decreto 1069 de 2015, en lo atinente al procedimiento penal especial de justicia y paz, en su artículo 2.2.5.1.2.2.3 define el patrón de macro-criminalidad como “el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se puede deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos” y lo ata a la develación de máximos responsables, estructuras y modus operandi de grupos armados organizados al margen de la ley.

²⁹³ “Pese a que, según la adaptación hecha por el congreso, en el caso colombiano no se exige tener en cuenta el denominado elemento contextual en la incorporación del tipo penal —y por ello basta con que se desplace a un solo individuo para que se configure la conducta—, en la realidad los desplazamientos suelen ser múltiples o masivos o, cuando se da el de un individuo, el hecho tiene lugar en un contexto general de violaciones de Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario. Además, de hecho, la escasa jurisprudencia que hoy existe sobre este delito, ha instruido y sancionado casos de desplazamiento cuando se trata de un contexto general de violencia, sin ocuparse de casos aislados”. 5. Aponte, C. A. (2012). El desplazamiento forzado como crimen internacional: Nuevas exigencias a la dogmática jurídico-penal. Revista Vniversitas, N°125, Bogotá, Colombia. p.22.

²⁹⁴ “En la práctica resulta complicado que un individuo aisladamente considerado genere u ocasione un desplazamiento masivo de personas. El autor necesita, incluso, una estructura de poder que lo respalde, que le permita efectivamente contar con la fuerza suficiente capaz de ocasionar el desplazamiento masivo”. Ibíd. P.23.

delito, dejando un amplio margen de desprotección. Aceptar el estado actual de la jurisprudencia²⁹⁵, contraría el sentido de la norma penal que no sólo admite medios diferentes a infligir violencia, sino que además reconoce que el desplazamiento se puede producir respecto de uno o varios individuos. En este documento, además, se sostiene que puede ser cometido por un solo autor o un número limitado de ellos con estructuras de poder diferentes a las del conflicto.

El verbo rector utilizado por el tipo penal alude a “ocasionar” el cambio de residencia de las víctimas, lo que en últimas podría ser reemplazado por el verbo “desplazar”. El análisis de este elemento no comporta mayor complejidad. Bastará con que la conducta del autor del delito logre el cambio de residencia indicado por la norma para que se considere ejecutado el ilícito. Al ser un delito de resultado admite la tentativa, pero, si bien el juzgamiento de esta debiera comportar los mismos obstáculos que surgen respecto de otros delitos en la práctica, el alto grado de impunidad observado frente a esta conducta podría ser mayor respecto de su tentativa.

Así mismo, la norma declara la ausencia de responsabilidad penal frente a todo movimiento de la población llevado a cabo por la fuerza pública, motivado por la seguridad de la población, imperiosas razones militares y conforme con el derecho internacional. Por lo que deberá tratarse de circunstancias excepcionales así consideradas y autorizadas por aquél.²⁹⁶

c) Arbitrariedad de la “violencia” y los “otros actos coactivos”.

El artículo 180 incorpora como elemento normativo del tipo a la arbitrariedad y la utiliza para calificar la violencia y/o los actos coactivos que deberán dirigirse en contra de uno o varios miembros de un sector de la población. Dicha arbitrariedad puede equipararse a la contrariedad manifiesta del prevaricato por acción. En ambas no hay fundamento legal o jurídico que autorice la actuación del sujeto activo, en este caso el servidor público, por lo cual se considera ilegítima. No se trata de un desconocimiento de las formas en las que podría

²⁹⁵ En un ejercicio de búsqueda de las decisiones que sobre el delito de desplazamiento forzado ha proferido la CSJ, se encontraron 41 providencias, en su mayoría proferidas en el marco de la Ley de Justicia y Paz, con referencias tangenciales al artículo 180 y un estudio superficial de sus elementos, puesto que la mayoría de ellas tan sólo se ocupan de la violación a los DD.HH. que supone el cambio de residencia impuesta.

²⁹⁶ Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de Naciones Unidas, artículo 6, numeral 2, inciso b).

llevarse a cabo un traslado de la población, sino que, por el contrario, no hay razón alguna que lo permita al interior del ordenamiento jurídico, al ser la imposición grosera de su voluntad. “Actúa de esta manera quien procede caprichosamente, contra la ley, la justicia o la razón (...) es un acto arbitrario que por algún medio se les prohíba vivir en determinado sitio” a quienes tienen el derecho de hacerlo (González, 2017, p.231).

Este elemento normativo se compadece con el principio 6²⁹⁷ de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de Naciones Unidas que asocia la arbitrariedad, respecto de los proyectos de desarrollo a gran escala, como lo son los PINES en el caso colombiano, con la ausencia de justificación de los mismos en intereses públicos superiores o de carácter primordial.²⁹⁸ La constatación de este elemento en la decisión de la autoridad ambiental de desplazar a un sector de la población puede evidenciarse de varias formas. A título de ejemplo y sin perjuicio de que existan más eventos, puede constatarse a partir de: la violación de la normatividad ambiental y de los requisitos establecidos en ella como necesarios no solo para la autorización de un determinado proyecto, sino para la obtención del conocimiento suficiente sobre la decisión de desplazar a un sector de la población, junto con los impactos que esto puede generar, al aceptar una presentación defectuosa o falseada de la información a la que está obligada el solicitante (1); desconocimiento grosero de los fines atribuidos al trámite de licenciamiento ambiental, entre ellos, principalmente la prevención de impactos que deben evitarse a toda costa como el desplazamiento, sin sustento técnico, científico o legal (2); violación del DIDH y la obligación de los Estados de garantizar que el desplazamiento de las poblaciones sea la última opción utilizada de existir alternativas viables en escenarios económicos (3) y la pretermisión de sus competencias o el ejercicio

²⁹⁷ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el desconocimiento de estos principios, sumado a la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno, repercute en la afectación o en la puesta en riesgo de una amplia gama de Derechos Humanos debido al estado de vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, razón por la cual su situación *“puede ser entendida como una condición de facto de desprotección”*. C. Const. Sentencia T-689 de 2014. MP: Martha Victoria Sáchica Méndez. P.25. Sumado a esto, la C. Const., también les ha reconocido una fuerza vinculante y los ha fijado como uno de los parámetros principales en la determinación de múltiples derechos y del alcance de las medidas especiales en favor de la población desplazada. C. Const. Sentencia T-367 de 2010. MP: María Victoria Calle Correa. P.39.

²⁹⁸ Los intereses públicos superiores no se resumen en una lista taxativa como la pretendida por el legislador en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997 con la DUPIS. Por el contrario, estos intereses pueden verse reflejados en múltiples espectros de un ordenamiento jurídico. Ejemplo de esto son los fines por los cuales debe regirse el trámite de licenciamiento ambiental y el principio de necesidad que se predica de cada una de sus exigencias para la salvaguarda de bienes jurídicos, derechos, garantías de mayor valía.

contrario de sus deberes oficiales en el análisis y posterior otorgamiento de la licencia ambiental que autoriza el desplazamiento (4).²⁹⁹

En este sentido, la correspondencia sugerida entre la “arbitrariedad” de la conducta prevaricadora y la arbitrariedad del desplazamiento es apreciada en el modo de otorgamiento de la licencia ambiental que termina por afectar la legitimidad de su causa y que es comparable con la decisión contraria a derecho por carecer de justificación alguna, más allá de la voluntad de la autoridad pública, la autorización del traslado de un sector de la población. Así mismo, entre los ejemplos proveídos y la conducta cohechadora hay una relación directa, toda vez que necesariamente la autoridad pública deberá adecuar su conducta a la descripción típica del delito para poder consentir aquello que está llamado a impedir o a denegar.

En cuanto a los elementos descriptivos del tipo, la violencia será física “cuando se emplea la fuerza muscular (golpes, reducción física) o cualquier tipo de armas” y moral “cuando se compele síquicamente al sujeto pasivo, mediante amenazas, coacciones o actos idóneos contra las personas o las cosas” (González, 2017, p.231). Ambas formas deberán estar dirigidas a mermar la capacidad de decisión o resistencia de la víctima en el sentido deseado por el perpetrador, ser actuales y preceder al desplazamiento (González, 2017).

²⁹⁹ Así mismo, en el caso de la CIIPE podría evaluarse la presunta comisión del delito de prevaricato por acción respecto del servidor público encargado de conceptuar y definir un determinado proyecto como PINE, a sabiendas de que no se compadece con ninguno de los criterios generales y abstractos para tales fines establecidos. Y si además se comprueba que actuó en atención a un acuerdo ilícito con quien guarda interés en dicha calificación, incurriría en el delito de cohecho propio. Lo mismo podría evaluarse respecto de quien al interior del Ministerio de Minas y Energía concede la Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social y da pie a las expropiaciones judiciales y administrativas.

Por su parte, los actos coactivos³⁰⁰ podrán valerse de cualquier forma de violencia³⁰¹ para lograr el propósito criminal. Descripción redundante puesto que el ejercicio de la coacción implica generalmente la utilización de la fuerza o violencia en cualquiera de las modalidades mencionadas, empero, deberá ser arbitraria e ilegítima frente a la víctima que la padece.

Esto adquiere una importante relevancia en el caso de los proyectos de desarrollo discutidos. Al tratarse de actividades económicas legales se presumen legítimos los actos que las autoridades llevan a cabo respecto de los mismos o que los particulares con autorización de aquellas despliegan, siendo uno de ellos el desplazamiento involuntario de una población o una parte de ella del área de influencia directa o indirecta del proyecto a ejecutar. Razón por la cual deberá probarse la arbitrariedad en su autorización que a su vez se extenderá a la fuerza o los actos coactivos llevados a cabo para lograrlo.

En este punto se hace notoria la similitud entre el delito común estudiado y el desplazamiento involuntario en cuanto a los efectos que generan. Si bien se descartó que este

³⁰⁰ “La violencia física es conocida como aquella que se realiza con el empleo de la fuerza bruta que provoque o que pueda provocar en la víctima un daño físico o enfermedad. La violencia psicológica hace referencia a cualquier acto o conducta que produce desvaloración o sufrimiento en la víctima o agresión contra ella”. Cisneros, T. (2006). La violencia intrafamiliar: Política criminal del Estado. *Revista Universitas Estudiantes*. Bogotá, Colombia. p.205.

La violencia también ha sido definida como “toda fuerza que se aplique sobre las personas o las cosas para vencer la resistencia de quien tiene contacto con la cosa o para superar los medios protectores y defensivos colocados por el sujeto pasivo de la infracción”. Esta definición tomada en el marco del delito de hurto establece que cuando la violencia es sobre las personas, puede ser física o moral. En la violencia física se suele despojar a las personas de sus cosas quien además sufre con el desplazamiento de las mismas. Mientras que la vis moral se traduce en una coacción ejercida sobre la persona para obligarla a realizar aquello que no quiere y a lo que no está obligado. Por otra parte, la violencia sobre las cosas se ejerce sobre el objeto material respecto del cual se alberga un propósito criminal “o sobre las cosas que a manera de defensa privada han sido destinadas para resguardarlo”. Suárez, A. (2011). Delitos contra el patrimonio económico, En: Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial (pp.793.839). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.p.823

³⁰¹ También, “La violencia y amenaza se asemejan en tanto que ambas son un medio de coacción, entendida esta como la negación de la libertad (...) mientras que la violencia trae siempre consigo un perjuicio presente e implica siempre el empleo de violencia sobre el cuerpo de la víctima, la amenaza contiene el anuncio de la causación en el futuro de un mal injusto, La amenaza ataca la libertad de decisión del coaccionado según motivos propios de manera directa; indirectamente ataca la libertad de realización de esa voluntad. La “vis compulsiva” también ataca la libertad de decisión del coaccionado según motivos propios, sustituyendo motivos ajenos en la decisión a los propios del coaccionado. La “vis compulsiva” no se diferencia, por sus efectos, de la amenaza. La otra forma de violencia, “vis absoluta”, que ocasiona el dominio total del sujeto sobre el cuerpo del atacado, quita al sujeto pasivo la capacidad de construir la propia voluntad o de realizarla”. Castillo, F. (1976). Observaciones sobre el delito de violación. Costa Rica: Universidad de Costa Rica. P.182.

impacto socioeconómico partiera de la trasgresión o violación de los derechos fundamentales de los afectados, se estableció el alto nivel de injerencia que sobre los mismos tiene. Ambos desplazamientos podrían diferenciarse a partir de su causa para establecer si debe evaluarse la responsabilidad penal o no de quien los autoriza. Si el desplazamiento es ordenado por un instrumento de gestión ambiental debida y legalmente otorgado no se configurará el reato. Por el contrario, si su causa obedece a la arbitrariedad en el ejercicio de determinadas competencias, de la violencia o de los actos coactivos, se descartará su legalidad en el marco de la normatividad ambiental y se trasladará su estudio al espectro penal. La causa por la que es autorizado el desplazamiento es relevante para determinar su licitud, mientras que la forma en la que se hace funge como un indicio.

Adicionalmente, es necesario diferenciar la coacción legítima de la arbitraria. ¿Podría un desplazamiento causado a través del ejercicio de la coacción ser legítimo? Sí. La coacción es una “característica esencial del derecho, lo que lo diferencia de otros ordenamientos o sistemas normativos como en el caso de la moral” y faculta al Estado para decidir, imponer, ordenar o hacer cumplir la voluntad emanada de aquél o de los órganos que integran la Administración Pública, puesto que al contar con el monopolio de la fuerza y serle autorizada su utilización bajo los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, comporta que una vez se advierte un incumplimiento o desobediencia de aquella, se movilice “el poder coactivo del Estado para imponer la sanción correspondiente” (C. Const., 2008, p.41).

Debido a que los fines y necesidades del Estado como organización política son variados y requieren de un aparato burocrático para llevarlos a cabo, el ejercicio de la coacción descrita deberá darse en el espectro de competencias de cada autoridad y de conformidad con los parámetros y requisitos establecidos para ello. Cuandoquiera que los fines estatales son suplantados por pretensiones particulares, dejará de gozar de legitimidad el ejercicio de la coacción y pasará a ser arbitraria, así mismo, la fuerza se convertirá en violencia. Es el caso del servidor público a quien le compete autorizar en el marco del trámite de licenciamiento el desplazamiento involuntario de un sector de una población en atención a los mandatos de la normatividad ambiental y opta por suplantarla para imponer su voluntad caprichosa, movida por intereses particulares ilegales.

A esto debe aunarse que lo aberrante de este ejemplo consiste en que la actuación del servidor se presume legal y legítima. Razón por la cual no es necesario que aquél se haga a una organización o una estructura criminal que le permita perpetrar el desplazamiento. Por el contrario, gozará del andamiaje estatal que respalda su decisión al considerarla conforme al ordenamiento que lo rige³⁰² y, salvo que se pruebe el acuerdo ilícito que la motivó, podrá desplazar con el ejercicio de la violencia, disfrazada de fuerza que menoscaba la autonomía de la víctima, incluso sin que esta sea consciente de ello.³⁰³

De ahí que sea necesaria la constatación de la legitimidad o arbitrariedad de la manifestación de voluntad de la autoridad y de los medios a partir de los cuales se lleva a cabo. La alteración de los fines impuestos por el ordenamiento jurídico o el uso de medios proscritos serán indicios de arbitrariedad en la actuación de la Administración que no será una manifestación válida de la voluntad de la organización política y lo mismo sucederá respecto de la fuerza o los actos coactivos de los que se vale.

El artículo 180 está ampliando a otras situaciones como disputas sobre la propiedad de la tierra, conflictos de orden religioso o en medio de las más diversas actividades económicas como la explotación minera, petrolífera, agrícola o industrial. Esto quiere decir que las personas que son desplazadas con ocasión de alguna de las últimas circunstancias también pueden acudir a la acción penal. (Generalitat Valenciana, ACNUR y CEDHUL, 2007, P.84)

Con base en lo anterior, la interpretación propuesta de este delito permite considerar diversas hipótesis de naturalezas disímiles, con las dificultades que supone partir de lo

³⁰² En el caso del particular que ejecuta el proyecto económico autorizado con razón de lo que ha entregado u ofrecido ilícitamente al servidor público, opera la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 constitucional que deberá ser desvirtuada para perseguir su responsabilidad penal.

³⁰³ Sobre esta afirmación, la generalidad de los delitos y de los contextos en los cuales son cometidos permiten que el sujeto pasivo de los mismos sea consciente de que está siendo víctima de una conducta ilícita. No obstante, la prueba de algunas de estas conductas comporta un mayor grado de dificultad, tal y como se mencionó con ocasión del cohecho propio. Al caso propuesto se debe aunar la alta complejidad técnico científica que en ocasiones impide una veeduría completa de las decisiones que en el trámite de licenciamiento ambiental la autoridad toma o de la información que en el mismo el particular aporta, sea porque los componentes a autorizar demandan de un conocimiento especializado o porque dada la cantidad numerosa de aquellos, la ilicitud en su autorización puede ser fácil de ocultar. Por último, no se puede obviar que la exigibilidad de los derechos de las personas afectadas por la ilicitud mayoritariamente es emprendida por organizaciones de la sociedad civil que asumen su defensa, dada su vulnerabilidad ya mencionada.

esencial: probar el acuerdo ilícito y con él, el objeto sobre el cual recae, como puede ser la comisión del delito de desplazamiento forzado.

Por último, la C. Const., en un esfuerzo de ampliar los términos restrictivos bajo los cuales se define a los desplazados y los actos violentos que sobre ellos se ejercen, declaró que “la definición consignada en el artículo 1 de la Ley 387 no debe entenderse de manera restringida y taxativa, sino de modo enunciativo”, puesto que el desplazamiento forzado “se configura cuando se presenta cualquier forma de coacción”³⁰⁴ (C. Const., 2013, p.31), debido a las múltiples y variadas causas de este fenómeno y la necesidad de ampliar su comprensión en virtud del principio pro homine.

II. Presentación de hipótesis de responsabilidad penal y estudio del elemento subjetivo del desplazamiento forzado a partir de ellas.

A lo largo del presente documento se discutieron diferentes puntos centrales de las materias tratadas a los que se pretendió aportar o tomar una postura respecto de ellos, para posteriormente consolidarlos de una forma que permitiera su aplicación en las hipótesis de responsabilidad penal a proponer a continuación. De ahí que el contexto general construido a lo largo de este trabajo estuviese integrado por los siguientes elementos:

- i) Explicación dogmática del delito de cohecho propio y su análisis respecto de una autoridad pública ambiental. (ANLA)
- ii) Exposición del trámite de licenciamiento ambiental, sus generalidades, principales obstáculos y problemas con un énfasis en una clase específica de proyectos de desarrollo. (PINES)
- iii) Selección de un impacto socioeconómico causado por estos proyectos y presentación de su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano. (Desplazamiento involuntario)

³⁰⁴ Esta postura va de la mano a la declaración del desplazamiento forzado como una circunstancia fáctica que acontece producto de cualquier forma de coacción, esto es, sea contextual o común. Planteamiento reiterado en las sentencias de la C. Const., T-328 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño, T-215 de 2009, MP: Humberto Sierra Porto y T-506 de 2008, MP: Nilson Pinilla Pinilla, T-265 de 2010, MP: Juan Carlos Henao.

iv) Comparación del impacto socioeconómico escogido con un delito común que protege el bien jurídico afectado por aquél, de adecuarse a la conducta típica. (Desplazamiento forzado)

El objetivo propuesto consiste en la atribución de responsabilidad penal al servidor público perteneciente a la ANLA, encargado de otorgar la licencia ambiental a los solicitantes particulares, titulares de proyectos económicos calificados como PINES, como autor y sujeto activo del delito de desplazamiento forzado en concurso real heterogéneo con los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción. Esto a su vez requiere de algunas precisiones.

Primero, frente al reto que supone demostrar que un delito común puede ser confundido con un impacto socioeconómico autorizado y configurar un concurso con los delitos contra la Administración Pública abordados, debido a la similitud de los efectos que ambos acarrearán, se delimitó la comisión del delito a aquellos eventos en los que no existe una causa legítima de conformidad con el ordenamiento jurídico en la decisión de la autoridad ambiental de trasladar o forzar el cambio de residencia de un sector de la población a través del instrumento de gestión ambiental que otorga.

Para ello, no solo fue necesario definir la arbitrariedad consagrada en el artículo 180 del Código Penal, sino que tuvo que diferenciarse la coacción estatal legítima de aquella coacción ilícita ejercida sobre la víctima del delito por parte del autor del mismo. Adicionalmente, se planteó la ampliación de la aplicación del tipo penal a supuestos diferentes al conflicto armado interno o a la criminalidad organizada y se concluyó que no siempre es necesaria la existencia de una estructura de poder criminal en los términos descritos por la jurisprudencia para la causación de este resultado. Contrario a ello, bastará el comportamiento corrupto de un funcionario público para que se desencadene la comisión de un delito de esta clase, quien irónicamente se beneficia de la existencia de una organización mucho más compleja y poderosa como lo es la estatal.

Igualmente, dicha arbitrariedad se predica de la causa, violencia y los actos coactivos que sobre el sector de la población se despliegan, desprendidos de las autorizaciones administrativas orientadas a lograr su traslado. Además, nada obsta para que en los ejemplos

propuestos se haga uso de una violencia que, como ya se explicó, está disfrazada de legalidad al considerársele una facultad legítima del Estado.³⁰⁵

Segundo, en el estudio adelantado sobre el delito de desplazamiento forzado y las críticas planteadas respecto de su interpretación judicial, no se hizo alusión al elemento subjetivo requerido por el tipo. Al tratarse de una conducta dolosa, se descarta su comisión culposa, razón por la cual, el dolo y la modalidad que de este se proponga serán analizados en el marco de los ejemplos que a continuación se presentarán.

Tercero, las consideraciones a realizar en este acápite serán respecto de dos clases de servidores públicos: el Director General de la ANLA y los funcionarios que integran la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales de esta misma entidad³⁰⁶, de nuevo, sin perjuicio de que quepan consideraciones adicionales sobre ellos, en atención a las funciones que por ley les competen y su naturaleza esencial y determinante respecto de la comisión del delito estudiado.

Por último, se reitera que, pese a que los delitos a imputar al servidor público surgen de un acuerdo ilícito con el particular solicitante de la licencia, no se evaluará la responsabilidad de este por exceder los términos del problema jurídico sugerido, tampoco se discutirán las razones por las cuales desea o aspira al desplazamiento de una determinada población, las mismas se presumen de raigambre económica y no se profundizará en ellas.

a) Responsabilidad penal del servidor público por el delito de desplazamiento forzado causado a título de dolo directo como objeto del acuerdo ilícito.

Debido a la multiplicidad de funciones que atribuye el Decreto 376 de 2012³⁰⁷ a la Dirección General y la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales de la ANLA,

³⁰⁵ Se reitera que es común que a raíz de las órdenes de desalojo que se expiden en contra de los individuos que habitan un determinado sector de la población, con base en decisiones administrativas o judiciales, pese a que estas sean legales, debido a la confrontación y oposición que generan en sus destinatarios, se haga uso de la fuerza pública en búsqueda de su cumplimiento. Diferente será la situación en la que la causa de dichas órdenes está viciada, como acontece en el presente caso, y la fuerza legítima se trastoca en violencia.

³⁰⁶ Para efectos de las hipótesis a plantear, las expresiones “funcionarios de la Subdirección” y “Subdirector” serán intercambiables.

³⁰⁷ En este punto quisiera agradecer a mi directora de tesis por no sólo haber planteado inquietudes y reparos pertinentes hacia los planteamientos esgrimidos en este acápite. Sus orientaciones y la necesidad de dar respuesta a sus requerimientos hicieron posible conocer el texto del Decreto 376 del 11 de marzo de 2020, proferido con un mes de antelación al momento en el cual se escriben estas páginas. Esto no sólo permitió

será necesario diferenciarlas y, conforme a como fue explicado en el primer capítulo, referir principalmente la comisión del cohecho propio al acuerdo ilícito sobre el espectro estricto de competencias de cada uno de sus funcionarios, so pena de configurarse una situación de atipicidad o de adecuación típica diferente en aquellos casos en los cuales el acuerdo ilícito no recae sobre las competencias legales atribuidas a aquellos.

En este sentido, frente a quienes son servidores públicos de la Subdirección, surge un reto adicional puesto que ninguno de ellos es competente directamente para otorgar el instrumento de gestión ambiental en el que se autoriza el desplazamiento de un sector de la población determinada del Área de Influencia Directa del proyecto presentado por el particular. Esta competencia reside en cabeza del Director General.

Como se mencionó arriba, en este caso el dolo de ambos grupos de servidores públicos será directo. El acuerdo ilícito recae sobre la necesidad de causar el desplazamiento forzado de un sector de la población y es en virtud de este resultado típico que se cometen los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción. Por lo que se satisface la definición legal del dolo de la primera parte del artículo 22 del Código Penal³⁰⁸, puesto que estos servidores conocen los hechos constitutivos de los tres delitos y quieren su realización o, en términos de la definición aportada por Feijóo, aquellos deciden “realizar un hecho a pesar de conocer (abarcando intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que convertirán ese hecho en un hecho típico” (Feijóo, 2004, p.23).

i. ¿Autoría mediata por creación o utilización del error por parte del servidor público de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales de la ANLA o determinación?

El Subdirector acuerda ilícitamente con el particular omitir uno varios actos de su cargo o ejecutarlos de forma contraria a sus deberes oficiales a cambio de un ofrecimiento, contraprestación o utilidad fijada por este. Puede que el objeto exclusivo del pacto ilícito sea el desplazamiento de un sector de la población que no debe ser trasladado conforme a los

una toma de postura conforme a las exigencias de una parte de la dogmática penal, sino que hizo posible contar con información actualizada a partir del afortunado descubrimiento de esta reciente regulación.

³⁰⁸ **“ARTÍCULO 22. DOLO.** La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

parámetros, condiciones y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico agotados arriba o que haga parte de un objeto ilícito más amplio en el que se acuerdan otras acciones u omisiones que pueden ser o no per se típicas. En ambos supuestos, no existe una razón en derecho que justifique esta decisión, lo que confirma que la misma es arbitraria.

En este nivel, el particular es consciente que de conformidad con la estructura funcional de la ANLA y para el licenciamiento de PINES, este servidor público no es quien finalmente autoriza el “desplazamiento involuntario” como supuesto impacto socioeconómico en la licencia ambiental. No obstante, también tiene claro que conforme a la complejidad del trámite es quien debe en primera instancia:

(1) Evaluar las solicitudes de licencias ambientales y planes de manejo ambiental o su modificación para definir la viabilidad ambiental de los proyectos (...); (2) Evaluar y modificar las solicitudes de los dictámenes técnicos ambientales de competencia de la entidad; (3) Controlar el cumplimiento de los términos en los procesos de permisos, licencias y trámites ambientales, y verificar la suspensión de los mismos (...); (5) Suscribir los actos administrativos sobre la necesidad de DAA, de conformidad con la normatividad vigente; (6) Evaluar las solicitudes de DAA de proyectos, obras o actividades a las que les aplique este trámite, y suscribir los actos administrativos que se requieren, de conformidad con la normativa vigente”. (MADS, Decreto 376 de 2020, artículo 9)

Razón por la cual dirige los ofrecimientos y las coimas en su dirección. Pese a que la norma consagra otras funciones, estas resultan determinantes para el otorgamiento de la licencia y de las autorizaciones específicas que la integran, una de las cuales causará el “impacto socioeconómico”³⁰⁹ aquí discutido. De forma que, en un análisis de los actos de corrupción cuya comisión a cambio de un ofrecimiento o entrega es pactada, este funcionario cuenta con un micro-poder³¹⁰ debido al alto grado de injerencia que tiene sobre la decisión final del licenciamiento. Pues es él quien puede no sólo realizar una evaluación defectuosa, contraria a los fines del trámite o simplemente ilegal de las solicitudes presentadas ante la

³⁰⁹ Esta expresión será fijada entre comillas por tratarse en realidad del delito de desplazamiento forzado, solo que en su manifestación exterior es presentada como el impacto socioeconómico.

³¹⁰ Con esta expresión se pretende sugerir que se trata de una facultad o potestad que el funcionario tiene en un nivel intermedio a la organización a la cual pertenece.

ANLA, sino que a partir de ello definirá la viabilidad ambiental de aquellas lo que en últimas conduce a otorgar o denegar la licencia y las autorizaciones por parte del Director General, necesarias para la satisfacción del propósito ilícito.

Así, este servidor podría declarar viable ambientalmente una alternativa presentada en el DAA, declarar de conformidad con las exigencias legales el EIA y las medidas de manejo propuestas en el PMA, pese a no serlo. Igualmente, podría omitir exigir información o una de mejor calidad al solicitante, la acreditación de permisos requeridos de manera previa para la concesión del instrumento ambiental, aceptar la información que se le presenta a sabiendas que es falsa, que no se compadece con la realidad o es insuficiente, etc., para “justificar” o conferir apariencia de legalidad al “impacto socioeconómico”, objeto de su pacto ilícito. Todas acciones y omisiones determinantes para el propósito ilícito inherente al cohecho propio. En igual sentido, con base en las conductas descritas y como parte de aquel acuerdo, proferirá conceptos, resoluciones y actos administrativos manifiestamente contrarios a la ley, de los que se conoce su motivación oculta y que son necesarios para lograr su cometido. De esta forma incurrirá en el delito de prevaricato por acción.

Se trata de dos acciones plenamente diferenciables pues una será la conducta que el servidor lleva a cabo tendiente a acordar ilícitamente el contenido de su función y otra en la cual materializa dicho acuerdo a través de la expedición de documentos con un claro valor y efecto jurídico. Sobre este punto, puede sugerirse la existencia de un concurso medial como una modalidad del concurso real en la que “un delito es medio necesario para la comisión de otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin” (CSJ, 2007, p.12).³¹¹ Así, tanto el cohecho propio como el prevaricato por acción se erigen como los medios idóneos para la materialización del desplazamiento forzado. Sin su comisión al interior del trámite administrativo, el servidor no tendría oportunidad de causar el resultado típico en el

³¹¹ Pese a que se sostiene que se trata de un concurso medial, figura de poco uso en la actualidad, se descarta que se trate de un concurso aparente, toda vez que los momentos y acciones desplegadas en la comisión de los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción son plenamente diferenciables entre sí. Adicionalmente, en cuanto al desplazamiento forzado, este tan sólo se consumará una vez se haya producido el traslado de un grupo o sector de la población víctima. De forma que, no se presentan eventos en los cuales “una de las normas contentivas del comportamiento es más específica que la otra; porque una absorbe el desvalor de la otra; porque una solo se aplica en defecto de la otra; o porque una de ellas se muestra inaplicable; en síntesis, porque una excluye la otra” (Sampedro, 2011, p.324), razones por las cuales no se hace necesario hacer uso de los criterios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad.

curso del licenciamiento en los términos que desea y, a partir de los mismos, surgen dos cursos ilícitos posibles para este caso.

En el primero de ellos, pese a que el dolo del servidor público se dirige a la realización del cohecho propio, el prevaricato por acción y con ellos el desplazamiento forzado, la consumación de este último no es posible, por lo que deberá evaluarse su tentativa al interrumpirse su ejecución por razones ajenas a su voluntad. Por ejemplo, el evento en el cual el Director General advierte la conducta ilegal de su subordinado y con base en ella niega la validez de las autorizaciones perseguidas por este junto al particular, en atención a la ilicitud de las resoluciones, dictámenes y conceptos proferidos por aquél. Por lo cual, será determinada su responsabilidad en grado de tentativa respecto del desplazamiento forzado, mientras que las otras dos conductas ilícitas se considerarán consumadas.

En el segundo, el Subdirector que no cuenta con la anuencia criminal de su superior, lo induce en error a partir del ejercicio de sus funciones y logra de aquél el otorgamiento de la licencia contentiva del conjunto de autorizaciones necesarias para lograr la descripción típica pretendida. Frente a esta situación, el servidor público sería responsable como autor de los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción, mientras que, en el caso del desplazamiento forzado respondería, en principio, como autor mediato que domina la voluntad del Director General a partir del error creado.

EL artículo 29³¹² del Código Penal califica como autor a quien realiza la conducta punible por sí mismo o a quien utiliza a otro como instrumento, lo que hace referencia a los fenómenos de autoría directa y mediata. En la segunda, la explicación de la instrumentalización realizada por el autor mediato respecto del ejecutor material fue asumida por la teoría del dominio del hecho de Roxin, en la cual se establece que el dominio de la voluntad del ejecutor se logra a partir de factores como la coacción, el error o la utilización de un sujeto inimputable como instrumento.

El autor mediato es el que emplea como instrumento de su obra a otro sujeto que acciona (es decir actúa u omite voluntariamente), pero ordenado por aquél en relación a la acción típica: el “ejecutor-instrumento” es el que pone en marcha la acción (el

³¹² “**ARTÍCULO 29. AUTORES.** Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

proceso causal) en lo que importa la manifestación exterior de ella, pero ésta responde a la voluntad del autor mediato. (Creus, 2012, p.389)

Esto significa que el ejecutor material del delito actuará coartado en su libertad por la coacción que sobre él se ejerce, motivado por un error que se ha creado en él o que es aprovechado por el autor mediato de pre-existir en aquél o utilizando su condición de inimputable en un sentido delictual. En la hipótesis propuesta, el dominio de la voluntad del Director General de la ANLA se lograría a partir de la creación o utilización del error en favor del propósito criminal por parte del servidor de la Subdirección.

Se descartan la coacción y la inimputabilidad por considerar la primera una circunstancia fáctica de otros delitos contra la Administración Pública, como sucede en el delito de violencia contra servidor público³¹³, y por ser la segunda una circunstancia no prevista en los casos propuestos.

La autoría mediata tendrá lugar “cuando el ejecutor material – instrumento – obra en error que ha sido creado o aprovechado por el autor para lograr la realización de la conducta punible” (Hernández, 2011, p.279). De manera tal que no hay dolo en el ejecutor material de la conducta típica al ser el “hombre de atrás” quien domina su voluntad y tiene el “conocimiento sobre las circunstancias de hecho que conforman el tipo objetivo” (Márquez, 2006, p.111). Sin embargo, es menester establecer qué clase de error se ha generado en el ejecutor material, de tipo o de prohibición, dependiendo de ello variará el tratamiento penal que se le dé.

En el caso concreto discutido, la conducta del Director General estaría sujeta a un error de prohibición³¹⁴ que “recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta,

³¹³ **“ARTÍCULO 429. VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO.** El que ejerza violencia contra servidor público, por razón de sus funciones o para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”.

³¹⁴ Sobre este punto, debido a que el propósito de este trabajo de grado no es el de ahondar en las diferentes posturas existentes en la dogmática penal respecto de los errores de tipo y prohibición, se considera que se configura un error de prohibición indirecto en el entendido que el Director General de la ANLA actúa bajo la firme convicción de estar ejerciendo legítimamente las funciones de su cargo público, artículo 32, numeral 5 del Código Penal, ya sea porque percibe de forma contraria a la realidad los requisitos fácticos de la causal de ausencia de responsabilidad penal o realiza una valoración jurídica errada sobre los presupuestos de esta Barbosa, G. (2011). Error de prohibición. En: *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial* (pp.391-399). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. De esta forma, el desplazamiento involuntario como impacto socioeconómico autorizado por el ordenamiento jurídico ambiental representa para él un ejercicio legítimo

sea sobre la existencia de la prohibición penal en sí mismo, sea sobre la permisividad jurídica de la conducta “formalmente” típica (justificaciones)” (Creus, 2012, p.338), puesto que el que el servidor cree obrar en legítimo ejercicio de su cargo público, bajo la firme convicción de estar autorizando un “impacto socioeconómico” permitido por el ordenamiento ambiental y no de estar cometiendo una conducta ilícita como lo es el desplazamiento forzado, conforme a la causal de ausencia de responsabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley penal.³¹⁵

Aunado a lo anterior, debe identificarse si el error de prohibición que se predica de aquél es vencible o invencible. De conformidad con el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, se declarará la ausencia de responsabilidad para el ejecutor material, en este caso el Director de la ANLA, que “obre con error invencible de la licitud de su conducta”, mientras que al Subdirector se le endilgaría responsabilidad penal como autor mediato que ha creado o aprovechado dicho error. Ejemplo de esto es el supuesto en el cual el funcionario de la Subdirección induce en error al Director a partir de la utilización de información y documentos falsificados³¹⁶ que dada su apariencia real logran generar la convicción en este de la legalidad y conformidad al ordenamiento jurídico ambiental de la solicitud y por ende de la evaluación y valoración de su viabilidad ambiental.

de tales competencias. Sin embargo, desconoce que su percepción de este impacto está mediada por la conducta dolosa del Subdirector que incide en la licitud del ejercicio de su esfera funcional al trastocar los presupuestos fácticos o jurídicos de esta. Pese a que el Director cumple con la función a él atribuida, lo hace sobre bases que no se compadecen con la realidad de aquella, dado el propósito criminal subyacente en el actuar de su subordinado que le impide advertir que, pese a que su cargo le permite autorizar dicho impacto socioeconómico, le veta la posibilidad de autorizar una conducta delictiva como lo es el desplazamiento forzado.

Con esto, el Director no se cuestiona si autoriza o no un desplazamiento forzado, puesto que siempre creará decidir sobre si es viable o no el desplazamiento involuntario, para lo cual ha sido encargado, con base en la información que le suministre su subordinado a través de las resoluciones, dictámenes y conceptos que elabora. Por esta razón, creará decidir sobre el impacto socioeconómico en el marco de su cargo y función, más no sobre el delito pretendido por el particular y el Subdirector.

³¹⁵ **“ARTÍCULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD.** <Ver Notas del Editor> No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público”.

³¹⁶ En esta hipótesis además tendría que evaluarse si el servidor público de la Subdirección incurre en alguna falsedad como las tipificadas en los artículos 286 y 287, ideológica o material en documento público, y lo mismo respecto del particular solicitante.

Por otra parte, si se trata de un error vencible tan solo procederá la rebaja de la pena en la mitad para el ejecutor material, establecida por la norma citada, y se descartará la autoría mediata.

Para determinar cuál de las dos clases de error de prohibición se presenta en este caso, la norma mencionada dispone la utilización de un criterio a partir del cual deberá establecerse si la persona “instrumentalizada” tuvo la oportunidad en términos razonables de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, en aras de saber cuál sanción y bajo cuál título se hará responsable a las partes de la comisión del delito.

Si el error de prohibición es vencible, un sector de la doctrina descarta que se trate de autoría mediata al afirmar que consiste en una inducción en la comisión del ilícito, por la cual la pena de quien es inducido se rebajaría en la mitad, de nuevo, con base en el artículo 32, numeral 11 del Código Penal.

Con base en lo anterior podría aducirse, tal y como lo señala Hernández Esquivel (2011), que la conducta desplegada por el servidor público de la Subdirección consiste en una inducción que hace responsable penalmente al Director General con la consecuente rebaja legalmente establecida para las hipótesis de error vencible, mientras que el servidor que lo induce responderá a título doloso, sin rebaja alguna, por el delito de desplazamiento forzado.

Si bien en la autoría mediata el ejecutor material no es considerado autor o responsable penalmente al haber actuado sin culpabilidad (Hernández, 2011); en la determinación hay una inducción dolosa sobre el determinado para que en este surja la resolución de comisión de un hecho doloso antijurídico, con la salvedad de que en este supuesto no se cuenta con un dominio del hecho por parte del determinador (CSJ, 2018, P.52). Así, son elementos de la determinación:

- i) La actuación determinadora del inductor; ii) la consumación del hecho al que se induce o, por lo menos, una tentativa punible; iii) un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia del dominio del hecho en el determinador y v) el dolo en el inductor. (CSJ, 2018, p.53)

Si bien podría argüirse que el determinador funge como “primer eslabón causal” que da lugar a la comisión de la conducta típica, preocupa que su acción se limite a la instigación por diferentes medios tales como la persuasión, mandato o consejo, cuando “es el autor el que decide el sí y el cómo de la conducta delictiva” (CSJ, 2015, p.208), lo cual significa que en el determinado debe apreciarse un dolo directo que en la presente hipótesis no se advierte. Razón por la cual, no se comparte la opinión conforme a la cual se trata de una hipótesis de determinación.

Por otra parte, un sector de la doctrina propende porque pese a que el error es vencible no se descarte la autoría mediata. El problema de esta última postura radica en que tendría que juzgarse al “instrumento” por el tipo culposo, como sucede en las hipótesis de error de tipo, y al autor mediato por el delito doloso. Al no existir la modalidad culposa, como sucede con el delito de desplazamiento forzado, no habría responsabilidad alguna para el ejecutor material (Hernández, 2011).

En el caso concreto, se considera que el error al cual es inducido el Director General por medio de las resoluciones, proyectos de actos administrativos, dictámenes y/o conceptos proferidos por el Subdirector, con independencia de la clase de artificios de los cuales se vale para darles una apariencia de legalidad y licitud, es invencible.

Esto se soporta sobre dos argumentos principales. En primer lugar, la reglamentación de la estructura ANLA evidencia una fuerte división de los roles al interior de la entidad y la necesidad de que de conformidad con los mismos se puedan cumplir las diferentes funciones y competencias inherentes a los procesos y trámites de licenciamiento ambiental. De la lectura de los artículos 2 y 9 del Decreto 376 de 2020, es posible concluir que el texto normativo ni siquiera contempla una hipótesis de delegación³¹⁷ de funciones del Director General al Subdirector de Evaluación de Licencias Ambientales, puesto que del texto de la primera disposición es claro que el rol del Director se limita a la suscripción de los actos

³¹⁷ Incluso, en el evento en el cual se realizara una delegación de las funciones entre ambos servidores públicos de conformidad con los postulados de los artículos 10, 11 y 12 la Ley 489 de 1998, pese a que el delegante tiene el deber de informarse en todo el momento sobre el desarrollo y objeto de sus delegaciones, así como impartir orientaciones generales sobre el ejercicio del objeto delegado, el ordenamiento jurídico establece que “la delegación exime de responsabilidad al delegante”, al corresponder esta al delegatario, quien deberá responder por sus actos.

administrativos a partir de los cuales se otorgará la licencia ambiental, los permisos y demás autorizaciones de los trámites ambientales.

En este sentido, el artículo 10 del antiguo Decreto 3573 de 2011 generaba una mayor inquietud, puesto que, no solo el Director debía otorgar las licencias y demás autorizaciones, sino que, además, debía “dirigir la evaluación de los estudios allegados en los procesos de licencias, permisos y trámites ambientales”. Esto resultaba útil para efectos de argumentar un conocimiento con mayor profundidad o el deber de actualizarlo del servidor público sobre los instrumentos que autoriza o niega, al tener un rol activo de dirección al interior de los procesos de evaluación³¹⁸. No obstante, con la nueva regulación, es claro que las funciones directivas se circunscriben a un estadio final del proceso de licenciamiento ambiental y que las mismas se sustentan en el trabajo adelantado por los funcionarios de la Subdirección en cuestión, a quienes se les impone las funciones de evaluación de solicitudes, elaboración de dictámenes, control de términos y expedición de los actos administrativos sobre la necesidad de DAA, las solicitudes y los PMA, entre otras.

En segundo lugar, dicha división de roles referida, da lugar a la aplicación del principio de confianza entre pares. Puesto que si bien en la estructura de la ANLA, la Subdirección luce como un órgano subordinado a la Dirección, en realidad el ejercicio de sus funciones es autónomo y se limita al acatamiento general de los objetivos, políticas, planes, programas y proyectos inherente al objeto de la ANLA. En este sentido, no es posible atribuir en cabeza del Director General la obligación de revisar el objeto de cumplimiento de las competencias de los funcionarios de la Subdirección o el deber de realizarlas de nuevo para confirmar su validez y conformidad con el ordenamiento jurídico, las mismas se presumen legales. Esto, obedece a la idea conforme a la cual las garantías normativas, no prescriben

³¹⁸ Nada obsta, para que en el caso del texto normativo del Decreto 3573 de 2011, también se discuta la posibilidad material del Director General de actualizar su conocimiento para eludir la configuración de un error vencible. Esto se debe a la complejidad, extensión y demás dificultades propias del trámite ambiental, retratadas en el capítulo 2 de este trabajo, lo que hace necesaria la estructura propia de la división de roles y una aplicación del principio de confianza. Esto, en principio, implica que solamente son punibles aquellos casos en los cuales debiera conocer o hubiera debido conocer, sin exención de las problemáticas que esto supone al interior de la dogmática penal, respecto del conocimiento efectivo como elemento integrante del dolo.

que todos los sujetos deban propender a la evitación de todos los daños cuya ocurrencia es posible (Jakobs, 1997), por el contrario:

El principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. (Jakobs, 1997, p.31)

En este sentido solo los escenarios en los cuales el Director General tuviera a su cargo un deber de actualizar su conocimiento, esto es, el deber de conocer o de haber debido conocer, podrían dar lugar a la imputación de responsabilidad penal. Empero, para que esta atribución fuera a título doloso existen dos opciones, las cuales serán mencionadas de forma breve por no obedecer al ejemplo propuesto anteriormente.

En el primero de los eventos, se trata de un supuesto de hecho que obedece a la teoría de la ignorancia deliberada, bajo la cual el Director se pone voluntariamente en una situación de ignorancia, puesto que no desea conocer pese a tener el deber de hacerlo, como parte de una estrategia que implica eventualmente exonerarse de responsabilidad o atenuarla con base en estas consideraciones.

Ramón Ragués, uno de los principales propulsores de esta teoría, aduce que los elementos de la ignorancia deliberada son: “la capacidad del sujeto de abandonar dicha situación en caso de haber querido hacerlo, el deber de procurarse dichos conocimientos (...) y que el sujeto se beneficie de la situación de ignorancia por él mismo buscada” (Ragués, 2013, p.21). Con esto, se busca afirmar que “no tener el conocimiento, teniendo la obligación de tenerlo, equivale a tenerlo” (Ruíz, 2011, p.88)

Por no ser el objeto de esta tesis, se descartará el estudio a profundidad de esta teoría junto a sus notorias críticas y cuestionamientos, las cuales son compartidas por la autora de este trabajo en cierta medida, dada la dificultad que supone para el derecho penal continental la aplicación de una figura cuyo origen se remonta al derecho anglosajón y que propende por una valoración y satisfacción diferentes de las exigencias del elemento cognoscitivo del tipo subjetivo (Feijoo, 2015).

Son valiosos los planteamientos que en la doctrina se han hecho sobre la existencia de una base de conocimiento reducida determinante para la toma de una decisión y su percepción como factor de diferenciación entre los autores imprudentes y los indiferentes. En estos últimos, la razón de dicho conocimiento limitado obedece a una falla subjetiva que a su vez implicaría la negación de determinados valores sociales ínsitos en la legislación penal (Ruíz, 2011).

La aplicación de esta teoría no se considera viable en un ordenamiento jurídico como el colombiano en el cual el elemento cognoscitivo en la configuración del tipo subjetivo es determinante³¹⁹. Sin obviar que preocupan los reparos planteados por Feijoo (2015, p.8) en torno a las consecuencias de una “imputación excesiva de responsabilidad” y la inversión de la carga probatoria en desmedro del principio de presunción de inocencia, puesto que habría una elusión en cuanto al deber de probar los elementos del tipo subjetivo, lo que podría conllevar a que, tal y como lo señala este autor, el hecho típico se convirtiera en una “mera condición objetiva de punibilidad” (Feijoo, 2015, p.12).³²⁰

Sin embargo, en caso de apoyarse la aplicación de esta teoría en la variación del ejemplo propuesta, la misma opta por negar la responsabilidad dolosa en los términos planteados, en el ejercicio de cargos públicos que demandan que un superior confíe en el trabajo de sus subordinados como sucede con quien “firma cientos de resoluciones que le han preparado sus subordinados sin repasar uno por uno los correspondientes expedientes” (Ragués, 2013, p.155), lo que confirmaría que en el ejemplo propuesto inicialmente esto no sería posible.

Por último, la otra opción para la atribución de responsabilidad penal es a título de dolo eventual. Empero, para ello también se requiere la prueba de la representación probable que se ha hecho el autor, Director General, de los hechos constitutivos del tipo penal de

³¹⁹ Más aún cuando se cuenta con una definición legal del dolo en el artículo 22 del Código Penal colombiano y uno de sus elementos integrantes es el conocimiento sobre los hechos constitutivos de la infracción penal.

³²⁰ Adicionalmente, también genera inquietud los planteamientos del Tribunal Supremo español en sentencia número 57 del 02 de febrero de 2009, citada por Feijoo, en la cual se cuestiona si incluso la expresión “ignorancia deliberada” es idiomáticamente posible, puesto que como lo afirma dicha corporación, “si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad se sabe lo que se ignora” (Feijoo, 2015, p.8). Más allá de las consecuencias que puede acarrear una mala traducción, las dudas se ciernen sobre la necesidad de probar el conocimiento en los términos en los cuales ya ha sido planteado por la dogmática penal, razón por la cual no habría cabida a los planteamientos que en torno a este elemento hace esta teoría.

desplazamiento forzado a partir de la suscripción del acto administrativo a través del cual otorga la licencia ambiental y su decisión de librar al azar la no producción de dicho resultado típico. Para esto, habría que evaluarse las pruebas en torno al elemento cognoscitivo, tales como si en efecto este servidor advirtió indicios o accedió a pruebas de la actuación ilícita del Subdirector y no emprendió labores para confirmar o descartarlos, pese a la alta probabilidad de ocurrencia de los hechos típicos del desplazamiento forzado, por dejar su configuración librada al azar. De lo contrario, las consideraciones hechas sobre la naturaleza del error invencible, la división de roles y el principio de confianza esgrimidos arriba gozarán de plena vigencia.

Razones por las cuales, sin la prueba del elemento cognoscitivo en el Director General, respecto del delito de desplazamiento forzado, no es posible la atribución de responsabilidad penal a título doloso. Esto no implica que se descarten de plano todas aquellas situaciones en las cuales este servidor público actúa de forma dolosa como autor de la conducta típica, sin embargo, en este ejemplo, esto solo es predicable del funcionario de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales.

ii. Coautoría entre el servidor público de la Subdirección de Evaluación de Licencias Ambientales y el Director de la ANLA.

En esta variable, el acuerdo ilícito contempla la participación de tres partes: el funcionario de la Subdirección, el Director General de la ANLA y el particular como parte del concurso de sujetos que intervienen en la comisión de los delitos escogidos. Sin embargo y de conformidad con la precisión inicial, sólo se analizará la dinámica acaecida entre ambos servidores públicos. Se alude al juzgamiento de la responsabilidad penal de ambos a título de coautores, como lo establece el inciso segundo del artículo 29, puesto que serán “coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

De esta definición, se concluye que la coautoría en nuestra legislación penal requiere de al menos tres elementos que habrán de acreditarse en el curso del proceso penal, los cuales son: un acuerdo común, la división del trabajo criminal contemplada en dicho acuerdo y la importancia del aporte de cada uno de las partes del mismo.

La existencia de un plan común comporta que los servidores se ven implicados entre sí por el “propósito de realización del supuesto fáctico que fundamenta la conducta punible” (Hernández, 2011, p.282), lo que descartará que sus acciones tan solo sean coincidentes. Con esto, “todos los sujetos deben tener conocimiento de la conformidad de los demás sobre la actuación conjunta; los demás deben ver en las aportaciones ajenas un complemento a la propia de actividad” (Rodríguez, 2001, p.135).

Esto deberá valorarse en primera instancia respecto de los delitos contra la Administración Pública, puesto que cada uno acordará la comisión del ilícito en el ámbito estricto de sus competencias. Así, el Director General sólo podrá acordar sobre aquellas funciones que el Decreto 376 de 2020 le atribuye en su artículo 2, mientras que el servidor público de la Subdirección se limitará a las funciones contempladas en el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, so pena de incurrir en una conducta atípica por incompetencia funcional de ambos. Sobre este punto se reitera lo sostenido en el capítulo primero y se aclara que la contrariedad con los deberes oficiales de ambos servidores, podrá predicarse respecto de otras fuentes, legales y constitucionales, de comprobarse que con su violación se comete el delito de cohecho propio.

En cuanto a las características del acuerdo ilícito, el mismo deberá realizarse en el periodo comprendido desde la tentativa de comisión del delito hasta su consumación, de forma que, no se admitirá que el acuerdo sea posterior a la comisión de los delitos. Para esto, ambos servidores deberán haber acordado la comisión del cohecho propio y con él del prevaricato por acción, para finalmente conseguir el resultado típico del desplazamiento forzado. Razón por la cual, se reitera la existencia de un concurso medial, puesto que su pacto si bien versa sobre dos conductas ilícitas, aspira a la consumación de una tercera conducta típica.

Una de las características principales del acuerdo o plan común radica en que ninguno de quienes intervienen en él, realiza por sí mismo la totalidad de las conductas delictivas descritas, sino que, por el contrario, a cada uno le competen diferentes comportamientos que han sido objeto de una división funcional. Lo que da paso al segundo elemento de la coautoría, esto es, la división del trabajo. De forma similar a como opera la división de roles

y funciones al interior de una entidad estatal y en múltiples espectros organizacionales de la vida ordinaria, opera en el marco del plan delictivo.

La estructura de la coautoría se basa en el principio de división de trabajo, conforme a un plan acordado para la realización conjunta del tipo, es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que tomadas en sí complementan la realización total del tipo. (Pérez, 1998, p.204)

Esta división no solo será sobre aquellos comportamientos propios de la realización fáctica de los delitos, sino también sobre aquellos actos u omisiones considerados necesarios para la materialización de estos. Esta postura es compartida por quienes consideran que la atribución de responsabilidad penal si bien debe ser respetuosa del principio de legalidad, no debe dejar por fuera el análisis de los comportamientos tenidos por necesarios en la ejecución típica, pese a que no ser típicos individualmente considerados (Hernández, 2011). Un ejemplo de esto podría ser la lectura defectuosa de los estudios ambientales presentados por el particular, llevada a cabo por el servidor de la Subdirección, si bien este comportamiento per se carece de relevancia penal, resulta determinante para posteriormente proferir aquellos conceptos o actos administrativos en el sentido pactado.

En atención a lo anterior, ambos funcionarios podrán hacer una división de las conductas que consideren necesarias para la causación del desplazamiento forzado respecto de un sector de la población. De esta forma, no sólo harían una división en atención a su ámbito funcional, sino que “integrarían” sus conductas de manera tal que logran el fin ilícito por ellos perseguido.

Esto supone que el particular ha hecho ofrecimientos a ambos y en virtud de que han sido aceptados podrá beneficiarse de la división legal de sus funciones para tales propósitos. De esta forma, el servidor de la Subdirección ya no se verá en la necesidad de crear o aprovecharse del error en el cual se encuentre el Director General, sino que ambos serán plenamente conscientes de la ilicitud de su conducta y actuarán con dolo directo.

Para ejemplificar lo anterior, en la división del trabajo hecha en el plan común, podría acordarse que el funcionario de la Subdirección emitiera los conceptos requeridos en el curso del trámite y proyectara los actos administrativos bajo una apariencia de legalidad, para que

con base en los mismos el Director General pudiera sustentar o justificar el otorgamiento de la licencia ambiental y con ella la autorización del “desplazamiento involuntario” que en realidad constituirá el delito de desplazamiento forzado.

Finalmente, el último elemento al que hace alusión la norma es la “importancia del aporte”, la cual para la doctrina habrá de ser determinante, pese a que la norma no establece criterios adicionales para su correcta o adecuada valoración, lo que deja un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación del juez.³²¹

Bajo la teoría del dominio funcional será “coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido” (Roxin, 1998, p.308). Es el caso del servidor público de la Subdirección que, sin el acto administrativo de otorgamiento de la licencia ambiental proferido por el Director General, no podrá causar el desplazamiento forzado, así como para este será imposible justificar su decisión en dicho sentido sin los conceptos previos y la proyección de los actos administrativos requeridos para tales efectos por parte de aquél.

Los coautores no solo realizan una contribución esencial a los fines criminales que se plantean, además, tienen un control que no se limita a su aporte, sino que se extiende a la totalidad de la comisión del delito. De ahí que puedan enervarla en caso de decidir no realizarlo.

De esta forma, la responsabilidad que se atribuirá a ambos será por los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción en el ámbito estricto de sus competencias, con una particularidad, su comisión es el aporte esencial y determinante que cada uno de ellos hace para la realización del tipo penal de desplazamiento forzado, por el cual también serán responsables como coautores.

³²¹ “Este tercer requisito enunciado en los términos anteriores por el Código Penal constituye el de mayor discusión doctrinal, sobre todo por la forma como lo estableció nuestro legislador, pues utilizó expresiones que ni cualifican no cuantifican adecuadamente el aporte que permitiera distinguir, con alguna postura igualitaria, el coautor del cómplice”. Hernández, E. A. (2011). Autoría y participación. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. (pp. 268-305). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

b) Responsabilidad penal del servidor público por el delito de desplazamiento forzado causado a título de dolo eventual como efecto del acuerdo ilícito.

En este apartado no se dividirán las consideraciones a realizar respecto de los servidores públicos escogidos. De forma general se planteará el escenario y se justificará porqué se entiende la comisión del delito de desplazamiento forzado a título de dolo eventual por parte de estos.

Como parte de los elementos fácticos a proponer, el servidor público es objeto de la entrega u ofrecimiento de dinero u otra utilidad que recibe o acepta para sí o para otro, directa o indirectamente, para omitir algún acto de su cargo o para ejecutar sus funciones en contrariedad de sus deberes oficiales. En igual sentido, habrá un dolo directo en la decisión de proferir los conceptos, resoluciones o actos administrativos y dictámenes previamente definidos como determinantes para tal propósito.

Debido a que aquello que pretende el particular a partir de este acuerdo ilícito es el otorgamiento de la licencia ambiental para su PINE, aquí se encuentra una primera variación en el contenido de este instrumento: el servidor público cohechador y prevaricador no autoriza o consiente expresamente el “desplazamiento involuntario” de la población a impactar en su texto. En el caso del funcionario de la Subdirección, los conceptos y actos administrativos que profiere no justifican este impacto y lo pasan por alto. Mientras que en el acto administrativo final en el cual se otorga de la licencia, el Director General no emite pronunciamiento alguno sobre aquél.

Pese a que ambos servidores se abstienen de pronunciarse sobre este “impacto” y dirigen el objeto ilícito del cohecho propio y del prevaricato por acción a la justificación y posterior otorgamiento del instrumento, sin que haya alguna razón en derecho que así lo avale y en contrariedad a los mandatos legales que los gobiernan, son plenamente conscientes que la ejecución del proyecto autorizado ilegalmente solo es posible de desplazarse la población residente del Área de Influencia Directa que se ha fijado para llevarlo a cabo, respecto de la cual están obligados a pronunciarse por ser uno de los elementos esenciales del componente socioeconómico en la caracterización del proyecto.

En este mismo sentido, el particular que se ha hecho a la licencia de esta forma, desplazará de facto al sector de la población que resida en dicha área y con esto procederá a la construcción, implementación y ejecución del proyecto autorizado. Sin esto el objeto ilícito sobre el cual ha pactado carece de sentido, puesto que enerva su objetivo la imposibilidad material de desplazar a la población del Área de Influencia Directa que le ha sido concedida. De nuevo, su responsabilidad penal no será abordada, pero en principio su conducta transita entre el cohecho por dar u ofrecer y el desplazamiento forzado al actuar con dolo directo en ambos casos.

La conducta de ambos servidores consistente en evitar proferir concepto u autorización expresa sobre este punto, podría desprenderse de la consciencia absoluta sobre la arbitrariedad de su comportamiento y la pretensión de ocultar o disimular su evidente actuar ilegal. En la práctica esto no debería suceder, puesto que dentro de la estructura de la ANLA existe una Subdirección de Seguimiento de Licencias Ambientales³²² cuya función principal consiste en el control seguimiento de los instrumentos otorgados por esta autoridad de forma que se garantice la participación democrática ciudadana respecto de los mismos y el estricto cumplimiento de la legalidad en los términos de la licencia³²³. El problema radica en que este seguimiento se realiza sobre las acciones llevadas a cabo por el particular y no sobre el contenido de las decisiones de la autoridad ambiental viciadas.

Así mismo, en el Estado de Derecho se constata la existencia de diferentes instituciones que velan por la protección de los derechos y garantías fundamentales de la ciudadanía frente a violaciones o arbitrariedades que contra los mismos puedan cometer particulares y servidores públicos. Pese a esto, la complejidad de esta clase de proyectos, de las materias reguladas en ellos, los vacíos normativos, los altos grados de discrecionalidad de los servidores públicos y la ausencia de conocimientos técnicos específicos por parte de aquellas entidades que persiguen una veeduría y un control juicioso de estos proyectos,

³²² En el anterior Decreto 3573 de 2011, artículo 13, esta división se conocía como Subdirección de Evaluación y Seguimiento. Se optó por no analizar el marco de sus competencias en los eventos de responsabilidad penal presentados, toda vez que la mayoría de sus funciones se encuentran subsumidas o replicadas por los servidores respecto de los cuales el análisis se llevó a cabo.

³²³ Sin perjuicio de las demás funciones establecidas en el artículo 10 del Decreto 376 de 2020 y aquellas que comparte con la Subdirección de Mecanismos de Participación Ciudadana Ambiental de conformidad con los mandatos de la Ley 99 de 1993, Título X, relativo a los modos y procedimientos dispuestos para la participación ciudadana en los procedimientos y trámites ambientales.

facilitan que la corrupción sea palmaria en ellos. Esto hace que la identificación y correcta calificación o valoración de las irregularidades que configuran determinados delitos represente una mayor dificultad.³²⁴

Ante este panorama surge entonces la siguiente inquietud: ¿puede atribuírseles responsabilidad penal por la comisión del delito de desplazamiento forzado y bajo cuál título? En el acápite anterior, al partirse de la existencia de un dolo directo en ambos funcionarios, la discusión se centró en la forma de autoría de cada uno. En esta parte, la atención se fijará en el análisis del elemento subjetivo de estos servidores públicos de cara a las circunstancias fácticas descritas.

El artículo 22 del Código Penal, tras definir el dolo directo, se refiere al dolo eventual como elemento subjetivo admitido por el ordenamiento jurídico colombiano que considera “también dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido vista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Sobre esto han surgido múltiples discusiones. Principalmente aquellas que se refieren a los criterios utilizados para diferenciar esta modalidad de la culpa con representación o imprudencia consciente. Para tales efectos se han agrupado en diferentes teorías los criterios utilizados para zanjar el debate y lograr una clara diferenciación de ambos fenómenos. Entre ellas se encuentran las teorías de la representación, voluntaristas, psicologistas y normativistas. Debido a que el objeto de este trabajo de grado no es explicar el objeto de cada una de ellas, se desarrollará el escenario propuesto de conformidad con la teoría afín a los objetivos planteados, esto es, la teoría normativista.

El dolo eventual encierra la idea de una contingencia conocida por el autor del delito, decidida por él a favor de la comisión del ilícito que inicialmente se había propuesto. Genéricamente y a través de múltiples expresiones o locuciones utilizadas para definirlo, el

³²⁴ A esto se suma que frecuentemente se prefiere acudir al derecho sancionatorio administrativo en el cual se discute la magnitud de ciertos “impactos” y la responsabilidad disciplinaria que de ellos se desprenda. Por lo general no se discute la licitud de la conducta de servidores públicos y particulares involucrados en el trámite, sino que se realiza un análisis técnico del impacto en discusión que muchas veces resulta precario para las circunstancias fácticas advertidas respecto del mismo.

Si bien el derecho penal opera bajo el principio de última ratio, esto en el ámbito del licenciamiento ambiental se ha extremado al punto de restar importancia al análisis y mensura de las consecuencias que en la práctica pueden tener estos proyectos al presumirse legales todos los actos que se realizan con ocasión de estos, obviando que en algunas oportunidades adquieren una relevancia y un sentido penal que debe perseguirse.

dolo eventual es entendido como la representación de un resultado típico, que excede el objeto deseado por el sujeto activo de una conducta ilícita, como probable y cuya ocurrencia es librada al azar. La CSJ³²⁵ ha definido esta modalidad del dolo como aquella en la cual el elemento cognitivo adquiere una mayor relevancia sobre el elemento volitivo, puesto que:

El resultado si bien no se quiere, tampoco se desprecia, dado que la infracción penal es prevista como probable, pero se deja, como dice la fórmula, librado el resultado al azar, de manera que el actor no quiere la realización de la consecuencia lesiva, pero se la representa, vale decir, la concibe como posible, pero su actitud es de indiferencia hacia el bien jurídicamente protegido. (CSJ, 2018, p.36)

Esta construcción dogmática comporta una dificultad en cuanto a su diferenciación respecto de la culpa con representación. No obstante, la CSJ ha “resuelto” esta discusión al considerar que, si bien en ambas modalidades “el actor no quiere la realización del resultado lesivo, pero se lo representa (...)”, en la modalidad de culpa con representación el sujeto agente confía en poder evitarlo” (CSJ, 2018, p.24), en una alusión a la confianza imprudente que respecto de sus propias capacidades tiene el autor de la conducta.

En el caso propuesto se descarta cualquier confusión que pueda darse respecto de la culpa con representación, puesto que, de la conducta delictiva retratada de los servidores públicos no se desprende la intención o confianza de evitar el resultado típico del desplazamiento forzado, se reitera que este delito no admite su comisión culposa. Por el contrario, en ellos hay una representación adecuada, más exacta que en cualquier otro sujeto, de la realidad. Pese a que esto podría sugerir la aplicación de un derecho penal de autor, se sostiene que a estos servidores públicos no se les juzga por tener un conocimiento técnico-científico particular o propio de sus capacidades personales, se les persigue por desconocer los deberes especiales que sobre ellos existen, en razón del rol que ocupan al interior de la estructura de la Administración Pública y su deber de activación de estos en la evitación de determinados impactos calificados como inaceptables por la legislación penal.

De esta forma, con la caracterización socioeconómica del proyecto descrita en el capítulo 2 de este documento, se descarta que la anuencia implícita en el cambio de residencia

³²⁵ Postura sostenida en providencias recientes de la CSJ del 28 de febrero, MP: José Francisco Acuña Vizcaya y 09 de mayo de 2018, MP: Luis Antonio Hernández Barbosa.

del sector de la población afectado por el proyecto ilegalmente autorizado se desprenda de un error en la apreciación de la realidad. Son precisamente estos funcionarios los únicos que, en principio, junto al particular pueden conocer el curso causal requerido para asegurar la viabilidad del proyecto autorizado. El traslado requerido por el particular es una realidad respecto de la cual incluso podría afirmarse que no hay contingencia alguna, de operar, la misma recaería sobre la decisión del particular de llevarla a cabo, más no sobre su necesidad para el propósito criminal fijado y es esto último lo que los hace responsablemente a título de dolo eventual.

En este sentido se acoge la postura de la teoría normativista, sostenida por autores como Feijóo Sánchez que pretenden superar la perspectiva psicologista, conforme a la cual si el autor de un delito conoce que del mismo se desprenderá un hecho típico que debe ser evitado y no lo hace, su responsabilidad penal será evaluada en el espectro del dolo.

La persona que de acuerdo con los datos fácticos que se encuentran a su alcance enjuicia o procesa de forma correcta (coincidente con la realidad) el riesgo o la situación de riesgo debe tomar en serio la producción del resultado, por lo que la mera confianza en la ausencia del resultado no le exonera ni total ni parcialmente de responsabilidad. (Feijóo, 2004, p.34)³²⁶

A esto se debe agregar que la representación o el procesamiento de los datos de la realidad no sólo deberá darse sobre los hechos típicos de la conducta que primigeniamente lleva a cabo el sujeto activo, sino del riesgo residual que se desprende de la misma. Es este riesgo residual que, de subsumirse en otra conducta típica, hará responsable al autor a título de dolo eventual en el supuesto de habérselo representado como probable y no haberlo evitado o conjurado.

Esto sucede frente a los servidores públicos encargados de la declaración de viabilidad ambiental y el otorgamiento de la licencia del PINE presentado a ellos por el particular con quien mantienen un acuerdo ilícito. Contrario a lo que podría aducirse, la

³²⁶ Lo anterior es resumido por Feijóo conforme a expresión de Herzberg que declara que “la distinción entre el dolo eventual e imprudencia consciente no depende de que el autor se tome en serio un riesgo conocido, sino de que conozca un riesgo que se tiene que tomar en serio”. Feijóo, S. B. (2004). *El dolo eventual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

responsabilidad que pretende atribuírseles a ambos no se desprende de sus conocimientos especiales, sino del conocimiento fáctico al que acceden de forma previa a la causación del desplazamiento en el caso concreto que a su vez dependerá del contenido particular de la solicitud ilegal hecha a ellos.

A diferencia de otros sujetos sin los saberes técnicos y científicos, estos servidores tienen la capacidad y al mismo tiempo el deber, en el marco de sus funciones, de establecer e identificar plenamente el Área de Influencia Directa de un proyecto y la necesidad de desplazar a quienes residen en ella; sin obviar que es además una obligación del solicitante la completa caracterización de esta área en el marco de las condiciones definidas del trámite ambiental y que, en condiciones opuestas a las del reato, de optar por no realizarla, la autoridad estaría llamada a requerir información completa y suficiente para la toma de una decisión.

Lo anterior se justifica puesto que los servidores públicos con su conducta delictual inicial generan al menos dos peligros prohibidos por el ordenamiento. El primero de ellos se materializa el instituto jurídico de la Administración Pública con su actuar doloso directo, mientras que el segundo, el ocasionar el desplazamiento forzado, será una consecuencia de aquél que posteriormente se realizará, puesto que la contingencia que per se comporta se representa como un dato de la realidad que tendrá lugar al no ser evitado o enervado por ellos.

En consecuencia, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo que caracterizan, precisamente, al dolo. En tales supuestos no cabe duda que, si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que – con diversas intensidades – ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. (Feijóo, 2004, p.80)

Con esto, es posible afirmar que de los actos constitutivos de los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción que culminan en la expedición del instrumento de gestión ambiental, se desprenderá de facto un desplazamiento forzado de la población residente en dicha área a manos del particular. A esto se suma como factor agravante del juicio de

reproche la no activación de las competencias de investigación, seguimiento y sancionatorias que, en circunstancias ajenas a las descritas, ordenarían la sanción del particular que produce un desplazamiento no autorizado.

Por estas razones, la responsabilidad de estos servidores públicos de cara al desplazamiento se imputaría a título de dolo eventual. Pese a que la realidad de los hechos les presenta este resultado típico como probable, en los límites de la certeza, y no haberlo autorizado o incluido en el acuerdo ilícito sostenido con el particular, serán responsables por haber permitido su ocurrencia puesto que la misma se desprende directamente de sus otras conductas delictivas que trasgreden el ejercicio de sus competencias y su conformidad con el ordenamiento jurídico.

c) Concurso real heterogéneo sucesivo entre los delitos de cohecho propio, prevaricato por acción y desplazamiento forzado.

Tras haberse agotado los supuestos propuestos se debe precisar que todo lo arriba esgrimido encuadra en el concurso de conductas delictivas. Antes de determinar cuál modalidad de concurso procede, es menester establecer que el concurso material o real es aquél en el que una persona “comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo” (CSJ, 2007, p.9). En estos mismos términos el artículo 31³²⁷ de la legislación penal regula el acaecimiento del concurso como dispositivo relevante para la individualización de la pena.

En las hipótesis de dolo directo se aprecia un concurso real heterogéneo sucesivo, puesto que a partir de varios comportamientos constitutivos de acciones u omisiones el sujeto

³²⁷ **“ARTÍCULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES.** El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente. **PARÁGRAFO.** En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.

pasivo infringe más de una disposición penal, específicamente los artículos 405 y 413 del Código Penal colombiano. Por esta razón se aclaró que una sería la conducta que el servidor público despliega para acordar ilícitamente el objeto o contenido de su función en el cohecho propio, mientras que el proferimiento de resoluciones, dictámenes y/o conceptos o actos administrativos de manera manifiestamente contraria a la ley, ubicaría su conducta en el tipo penal del prevaricato por acción. Con una salvedad importante, ambos delitos contra la Administración Pública habrían sido utilizados como medios idóneos para la comisión del desplazamiento forzado.

En atención a lo anterior, el dolo directo del Subdirector en la primera hipótesis y del Subdirector y del Director General en la hipótesis de coautoría, no solo se encaminó a la consumación de los dos primeros reatos, sino que además los usó como medios para la consumación de otro resultado típico consistente en ocasionar el desplazamiento forzado de un sector de la población. Tal y como se explicó, las conductas que atentan en contra del bien jurídico de la Administración le aseguran al servidor público la declaración de la viabilidad ambiental de un determinado proyecto y con ello la autorización de una suerte de “impactos” entre los cuales se encontraría el desplazamiento forzado en el marco de la licencia a otorgar bajo condiciones de ilicitud y connivencia.

De esto se desprende que los tres delitos sean objeto del acuerdo ilícito, pero al requerir el despliegue de acciones y omisiones que deberán ser valoradas de forma individual y autónoma, se concluyen consumadas las tres conductas. Además, con base en la demostración de una relación de medio a fin se sostiene la existencia de un concurso medial que pese a no contar con una expresa referencia normativa en la legislación penal, ha sido desarrollado por la doctrina, al considerar que determinados delitos son cometidos por ser medios necesarios e idóneos para la consumación de otros. (CSJ, 2012).

Con base en esto, el concurso real además será heterogéneo puesto que mediante el conjunto de acciones y omisiones del servidor público se lesionarán bienes jurídicos diferentes que, analizados en el transcurso de los capítulos anteriores, se reducen principalmente a dos: la Administración Pública y la autonomía individual. Por último, será un concurso real heterogéneo sucesivo, debido a la cadena lineal de su ocurrencia descrita, conforme a la cual se logra el propósito delictual.

A lo anterior suma realizar la siguiente apreciación. Para considerar consumado el delito de desplazamiento forzado, el servidor público que ha realizado los actos determinantes descritos, deberá dotar de eficacia jurídica el objeto material del delito de prevaricato por acción a través de las formas previstas por el mismo ordenamiento que defrauda, con esto su decisión cobraría vigencia y entraría a circular en la vida jurídica para después ejecutarse.

La conducta descrita en el artículo 180 del Código Penal establece la posibilidad de causar el desplazamiento forzado mediante una amplia gama de actos coactivos arbitrarios, entre los cuales, podría encasillarse la decisión arbitraria con fuerza jurídica y revestida de legalidad del servidor público. Con esto, se diferencian los actos constitutivos del otorgamiento del instrumento ambiental y su materialización una vez ha cobrado fuerza ejecutoria, adicionalmente, en el supuesto de dolo eventual de la última hipótesis, bastará con que el particular de facto lleve a cabo el desplazamiento forzado, para que el peligro antijurídico contenido en el acto administrativo de la licencia ambiental se realice y con él se conforme el concurso real heterogéneo y sucesivo, como fue explicado.

III. Conclusiones finales: Apreciación de la “transición” del impacto socioeconómico del desplazamiento involuntario al delito de desplazamiento forzado.

Este trabajo de grado inició su exposición aludiendo a los altos índices de corrupción en el sector público como uno de los factores que mayores problemas genera en el devenir común del Estado y de sus ciudadanos. La corrupción en las diferentes esferas y niveles de la Administración Pública no solo cuenta con un valor simbólico negativo, sino que tiene una incidencia real en el estado de derechos y garantías fundamentales de la ciudadanía en general. Pese a tratar de encuadrarla como un fenómeno que a diario desahucia los fondos públicos, la capacidad de acción y reacción estatal lejana per se en muchos casos, en realidad tiene una alta incidencia sobre la existencia misma de los individuos y de sectores amplios de la población colombiana que a menudo ven frustradas sus más básicas necesidades.

Se analizó uno de los delitos contra la Administración Pública que mayor incidencia y ocurrencia tiene en la práctica como parte de este fenómeno que cuenta con recuerdos numerosos y en todo momento recientes en la memoria del grupo social: el cohecho propio.

Vulgarizado en términos del soborno que se hace a los servidores públicos, abrió la puerta a las más comunes y, al mismo tiempo, menos pensadas elucubraciones. En su definición dogmática se cuestionaron posturas asumidas de forma lejana a la realidad de nuestro país y se privilegió una interpretación tendiente a considerar que más allá del bien jurídico que con esta clase de conductas se ampara, existen relaciones materiales concretamente afectadas a partir de su comisión. Si bien se respaldó la posible lesión de determinados institutos que integran la Administración, se puso de presente una realidad a menudo menospreciada por el derecho penal, esto es, la realidad de las víctimas de esta clase de delitos.

Se descartó la concurrencia exclusiva del Estado, reconocido como el titular exclusivo del bien jurídico en cuestión, a instancias del proceso penal, al advertirse que tras la conducta cohechadora existe un particular, un grupo de la población o un amplio sector de ella que ven negados sus derechos. Pareciera que es a la víctima concreta de una conducta de esta clase llevada a cabo por el servidor público, a quien se le niega hacer parte del reproche penal que se persigue respecto de aquél. Debido a la amplitud de este tema, se restringió su estudio en el marco de una materia que ha cobrado una elevada relevancia en el transcurso de las últimas tres décadas: el licenciamiento ambiental de grandes proyectos económicos. Consciente de la realidad colombiana como uno de los muchos países “en desarrollo”, se identificaron las principales aspiraciones económicas y los medios fijados por el ordenamiento para lograrlas. Fue así como se eligió el trámite de licenciamiento ambiental de Proyectos de Interés Nacional Estratégico junto a los posibles eventos de corrupción acaecidos en su curso.

De forma general se presentaron las fases de este trámite, los insumos principales y requeridos en ellas y los funcionarios públicos directamente responsables de estas. Así mismo se escogió el análisis de los PINES por estar sustentados en el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, desconocido por la corrupción, y se estudiaron las causas constitutivas de factores de riesgo que la propician y las consecuencias gravosas que de esto se desprenden: la alta desregulación normativa, la existencia de profundos vacíos normativos, la precariedad en el tratamiento de algunos de sus componentes, el continuo desconocimiento de los fines fijados por la normatividad ambiental, el encubrimiento de posibles violaciones a los derechos fundamentales y humanos de los individuos impactados por ello, fueron reseñadas. Paralelamente, se estableció la existencia de poderosos sectores económicos con

intereses y metas concretas fijadas al interior de este trámite, preocupantes dada el estado actual de la normatividad ambiental y la ampliación de su espectro a materias igual de complejas como sucede en el caso de los impactos socioeconómicos.

Entre estos últimos, se seleccionó uno de los impactos más graves acaecidos con ocasión de este panorama descrito, el desplazamiento involuntario de individuos y poblaciones enteras a manos de estos proyectos. Pero debido a su condición de impacto legal, se presentaron hipótesis a partir de las cuales se podría justificar su relevancia penal. Con el propósito de lograr el objetivo planteado, se estudió el tipo penal que protegía el bien jurídico a menudo negado por aquél impacto. Razón por la cual, se abordaron las principales consideraciones del desplazamiento forzado fuera de los escenarios en los que comúnmente se estudia, en aras de establecer cuándo se configura este delito común.

Para lograrlo, se estableció el rol que los servidores públicos de la autoridad ambiental más importante del país, ANLA, podrían desplegar, se consideró la relación ilícita que entre particular y servidor público podría sostenerse y se enfatizó en la responsabilidad penal del segundo. En el desarrollo de estas consideraciones y de forma previa a la definición de las hipótesis, también se advirtió la concurrencia del delito de prevaricato por acción. De esta forma, no sólo el acuerdo ilícito entre particulares y servidores públicos daría lugar a una dolosa ejecución de sus funciones u omisión de las mismas, sino que además el otorgamiento del instrumento de gestión ambiental estaría viciado en su causa por su manifiesta contrariedad con el ordenamiento jurídico.

Finalmente, se propuso un modelo de interpretación del delito de desplazamiento forzado con un énfasis en la arbitrariedad como elemento normativo calificador de la violencia y los actos coactivos en la comisión del delito, para luego aplicarlo en la conducta de los servidores públicos que bajo la connivencia otorgan la licencia y ocasionan el cambio de lugar de residencia de quienes se creen destinatarios de una orden administrativa legítima. En atención a esto se propuso la conformación de un concurso real bajo diferentes modalidades del dolo del servidor público. De lo anterior, se arribó a las siguientes conclusiones:

1. El bien jurídico de la Administración Pública ha sido objeto de una interpretación formalista que solo ha contemplado la posibilidad de lesión de su buena

imagen a partir de la comisión de delitos como el cohecho propio y el prevaricato por acción. Frente a esta corriente se ha considerado extender la protección ofrecida por el derecho penal a las relaciones materiales que subyacen y son desconocidas con estas conductas. Un primer paso en esa dirección ha logrado identificar diferentes institutos que, como elementos integrantes del bien jurídico, pueden ser objeto de ataque a partir de las conductas mencionadas. Un ejemplo de ello, es el instituto jurídico que como orden legal aspira a la estabilización de las expectativas normativamente reconocidas. Por esta misma razón, dicha búsqueda de estabilización debe cobijar las expectativas sociales que la ciudadanía tiene sobre sus derechos en el marco de las relaciones que, espontáneas o no, sostiene con Administración. Todo como parte del fin primigenio de la sanción de esta clase de delitos.

Es claro que el intento de imponer un modelo ético normativo a partir de la sanción de estos comportamientos sin consideraciones adicionales a las hechas sobre la honorabilidad esperada de los servidores públicos para lograr su disuasión, no sólo ha fracasado al ignorar la falibilidad propia de la naturaleza humana, sino que tampoco ha logrado los resultados perseguidos a través de la prevención general negativa. Por el contrario, ha empobrecido el análisis de elementos como el tipo subjetivo y la antijuridicidad en estos casos.

2. Como parte de la propuesta de ampliación del modelo de juzgamiento de estas conductas, uno de los principales retos consistió en no desconocer el principio de legalidad imperante en materia penal. Si bien la interpretación del bien jurídico aludido es limitada, es el bien escogido por el ordenamiento y no otro. Más esto no debe ser óbice para la identificación de posibles lesiones concurrentes sobre otros bienes jurídicos, las cuales habrán de hacer uso de la figura del concurso de delitos para evitar el riesgo de impunidad que sobre ellas existe.

3. En la actualidad del panorama global, el tema ambiental ha adquirido una preponderancia proporcional a la importancia de las necesidades que de aquél se desprenden. Los gobiernos han sido conminados al diseño e implementación de legislaciones omnicomprendivas de un conjunto de fenómenos que excedieron por mucho

la capacidad de previsión de los legisladores. Pese a la complejidad que supone la regulación de esta materia, en el plano internacional los Estados idearon medios para el control y la adecuada gestión del aprovechamiento de los recursos naturales. No obstante, los focos de corrupción en el manejo, otorgamiento y seguimiento de instrumentos como la licencia ambiental, han mermado los fines previstos para ella. Así, la prevención ha pasado de ser un principio que opera sobre el conocimiento y deber de evitación del daño al convertirse en un medio de autorización de impactos condicionados a la mitigación y control de su magnitud. En esta misma dirección, el principio de precaución padece una profunda crisis en cuanto a su eficacia jurídica.

Sin contrariar las pretensiones económicas perseguidas por el modelo de desarrollo fijado por el Estado colombiano y amparado por diferentes grupos de poder económico, se sugiere una exhaustiva revisión de la normatividad ambiental a la luz de los principios que caracterizan al Estado social de derecho. Pues son estos principios los que a diario son defraudados con el otorgamiento irresponsable de permisos que autorizan intervenciones inadecuadas y peligrosas en el medio ambiente.

4. La existencia de profundos y numerosos vacíos normativos en la legislación ambiental, la tendencia hacia una desregulación normativa en favor de quienes representan fuertes aspiraciones económicas, la precariedad en modelos de evaluación y análisis de los posibles efectos de determinadas actividades legales, junto a la unificación de un régimen normativo para el tratamiento de impactos de toda clase, como los ambientales y los socioeconómicos, han facilitado que fenómenos como la corrupción presente en los trámites de licenciamiento ambiental sean más difíciles de perseguir y sancionar.

5. La ausencia de una regulación autónoma de los impactos socioeconómicos como sucede con el desplazamiento involuntario y el reasentamiento de las poblaciones, ha conducido a que en la práctica aquellos efectos de las actividades económicas legales se conviertan en fuentes de violación, vulneración y amenaza de los derechos fundamentales y los Derechos Humanos de los individuos y sus comunidades. Lo que además ha agravado la desigualdad entre los titulares de grandes proyectos económicos

y las poblaciones que se resisten por múltiples causas a estos a través de los medios propios de la democracia participativa que han demostrado una eficacia limitada o casi inexistente.

6. Aunado a lo anterior, la calificación legal arbitraria de proyectos conforme a criterios oscuros y abstractos utilizados para definir el interés general, como sucede con los PINES, ha logrado que se exija a poblaciones marcadas por fenómenos y dinámicas de violencia, pobreza y abandono estatal, soportar una carga desproporcionada respecto del resto de la población. De esta forma, bajo la supuesta necesidad de garantizar un bienestar general se les ha perjudicado y sumido en contextos de negación de sus derechos. Si a esta situación se suma que la razón por la cual se ven obligados a soportar esta clase de cargas obedece a las relaciones entre servidores públicos y particulares que se basan en la corrupción, no sólo se hacen acreedores de declaraciones individuales de responsabilidad penal, sino que pueden demandar la responsabilidad del Estado colombiano por la permisividad y anuencia que ha demostrado en la práctica respecto de estas circunstancias.

7. En atención a lo anterior, impactos socioeconómicos de gran magnitud como el desplazamiento involuntario han cobrado mayor importancia debido al conjunto de violaciones a los derechos fundamentales y humanos que por lo general esconden. Si el impacto es autorizado conforme a la legislación ambiental hoy existente no da lugar a elucubraciones en el ámbito de la responsabilidad penal. Pero si en su autorización se identifican fines contrarios a los aceptados por el ordenamiento jurídico como razones legítimas para su causación que además se adecuan a conductas típicas, deberá buscarse dicha responsabilidad.

8. En esto último consistió el propósito de este trabajo de grado. En el cual se analizó la connivencia entre los servidores públicos, encargados del otorgamiento de la licencia ambiental de PINES, y los particulares solicitantes de aquellas. Respecto de los primeros, no sólo se sugirieron hipótesis en las cuales la omisión o ejercicio de sus funciones contrario a sus deberes oficiales daba lugar a la comisión del delito de cohecho

propio, sino que se acreditó la concurrencia del prevaricato por acción de proferirse aquél y el desplazamiento forzado.

9. Sobre este último punto, dada la disimilitud que mantiene respecto de las otras conductas ilícitas, se sostuvo su ocurrencia, tras una explicación del trámite ambiental y en él de las fases y estudios ambientales determinantes para la autorización de un conjunto de elementos que la integran, entre los cuales se encontraba el desplazamiento involuntario como impacto socioeconómico. Pese a sugerirse inicialmente una “transición” del impacto socioeconómico al delito de desplazamiento forzado, en realidad esta no tuvo cabida en los escenarios propuestos, puesto que en ellos se observó la existencia de un dolo directo o eventual en la comisión de este delito. A esto se sumó que para lograr justificar la configuración de este reato se propuso un modelo que excede los límites impuestos por la jurisprudencia nacional en cuanto a las circunstancias y los medios a partir de los cuales se comete este delito.

10. Se estableció que la arbitrariedad es el elemento normativo que impregna los medios definidos por el legislador, violencia y actos coactivos, para ocasionar el cambio de lugar de residencia de uno o varios miembros de un sector de la población. Con base en esto, se diferenció la coacción estatal legítima de la coacción arbitraria, la cual es posible predicar de los funcionarios que actúan en contra del ordenamiento jurídico al que deben su obediencia.

11. Por esta razón y para concluir esta exposición, la autora de este documento sostiene que, para lograr la consumación del delito de desplazamiento forzado bajo las circunstancias descritas, bastará con que el servidor público dote de eficacia jurídica su decisión y actuación arbitraria que, con un halo de legalidad, se materializará. Pese a que en la práctica no sea este el que físicamente desaloje al sector de la población objeto de su decisión, será quien lo habrá ocasionado y ello bastará para perseguir su responsabilidad penal, tanto en el evento en el que lo haya hecho con un dolo directo reflejado en el instrumento de gestión ambiental, como si lo hace con un dolo eventual al no autorizarlo expresamente, pero habérselo representado y librado su ocurrencia al azar.

Referencias Bibliográficas

1. Alcácer Guirao, R. (2006). *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis
2. Alfonso, O.A. (2018). El oficio del corrupto y el detrimento al erario en el modelo territorial de Estado centralista- clientelista colombiano. En Henao, J.C., y Zárte, A.R. *Corrupción en Colombia: Corrupción, Estado e Instrumentos Jurídicos*. Tomo 4, pp.303-342. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
3. Andaluz Westreicher, C. (2013). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima, Perú: Editorial Iustitia.
4. ANLA. (2019). *Respuesta del 27 de noviembre a derecho de petición enviado el 05 de noviembre de 2019 con número de radicado 2019186027-2-000*. Bogotá, Colombia.
5. Aponte, C. A. (2012). El desplazamiento forzado como crimen internacional: Nuevas exigencias a la dogmática jurídico-penal. *Revista Vniversitas*, N°125, 15-51. Bogotá, Colombia.
6. Banco Mundial. *Manual de Operaciones: Política Operacional 4.12 de diciembre de 2001: Reasentamiento involuntario*.
7. Barbosa, G. (2011). Error de prohibición. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (pp.391-399). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
8. Bernal, Pinzón. J. (1991). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
9. Cancino, A.J. (2011). Delitos contra la Administración Pública. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. (pp. 103-166). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
10. Carrara. F. (1961). *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial – Volumen 5, Tomo VII*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda.
11. Castillo, F. (1976). *Observaciones sobre el delito de violación*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
12. Celis Sánchez, R. y Aierdi Urraza, X. (2015). ¿Migración o desplazamiento forzado? Las causas de los movimientos de población a debate. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. (81). Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho81.pdf>.

13. Cernea, M. M. (1988). *Involuntary Resettlement in Development Projects. Policy guidelines in World Bank-Financed Projects*. Washington, EE. UU: The World Bank.
14. Cisneros, T. (2006). La violencia intrafamiliar: Política criminal del Estado. *Revista Universitas Estudiantes*, N°3. Bogotá, Colombia
15. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 04 de noviembre de 2015. CP: Hernán Andrade Rincón.
16. Contraloría General de la República. (2017). *El proceso administrativo de licenciamiento ambiental en Colombia*. Bogotá, Colombia.
17. CONPES. (2013). *CONPES 3762 “Lineamientos de Política para el desarrollo de proyectos de Interés Nacional y Estratégicos – PINES”*. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación.
18. Consejo Privado de Competitividad. (2015). “Informe Nacional de Competitividad 2014-2015: Energía”. Recuperado de: <https://compite.com.co/wp-content/uploads/2016/08/2014Energia.pdf>
19. Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero.
20. Corte Constitucional. Sentencia C-299 de 1994. MP: Antonio Barrera Carbonell.
21. Corte Constitucional. Sentencia C-709 de 1996. MP: Antonio Barrera Carbonell.
22. Corte Constitucional. Sentencia T-731 de 1998. MP: José Gregorio Hernández Galindo.
23. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 1999. MP: Antonio Barrera Carbonell.
24. Corte Constitucional. Sentencia T-602 de 2003. MP: Jaime Araujo Rentería.
25. Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2003. MP: Alfredo Beltrán Sierra.
26. Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.
27. Corte Constitucional. Sentencia C-173 de 2006. MP: Humberto Sierra Porto.

- 28.** Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.
- 29.** Corte Constitucional. Aclaración de voto de la sentencia T-476 de 2008. M.: Jaime Araujo Rentería
- 30.** Corte Constitucional. Aclaración de voto de la sentencia T-647 de 2008. M.: Jaime Araujo Rentería.
- 31.** Corte Constitucional. Sentencia C-762 de 2009. MP: Juan Carlos Henao Pérez
- 32.** Corte Constitucional. Sentencia C-703 de 2010. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- 33.** Corte Constitucional. Sentencia C-643 de 2012. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- 34.** Corte Constitucional. Sentencia C-746 de 2012. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- 35.** Corte Constitucional. Auto 119 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 36.** Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 37.** Corte Constitucional. Sentencia C-178 de 2014. MP: María Victoria Calle Correa.
- 38.** Corte Constitucional. Sentencia T-462ª de 2014. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- 39.** Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- 40.** Corte Constitucional. Sentencia C-136 de 2016. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 41.** Corte Constitucional. Sentencia SU-489 de 2016. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- 42.** Corte Constitucional. Sentencia T-325 de 2017. MP: Aquiles Arrieta Gómez.
- 43.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Gaceta Judicial, Tomo CLII – Segunda Parte. Sentencia del 19 de agosto de 1976. MP: Gustavo Gómez Velásquez.

- 44.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Gaceta Judicial, Tomo CCLX – Primer Semestre. Sentencia del 19 de mayo de 1999. MP: Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- 45.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de julio de 2007. MP: Yesid Ramírez Bastidas.
- 46.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 08 de noviembre de 2011. MP: Julio Enrique Socha Salamanca.
- 47.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. MP: Luis Guillermo Salazar Otero.
- 48.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de mayo de 2014. MP: Eugenio Fernández Carlier.
- 49.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de octubre de 2014. MP: Fernando Alberto Castro Caballero.
- 50.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de abril de 2015. MP: Fernando Alberto Castro Caballero y Eugenio Fernández Carlier.
- 51.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto interlocutorio del 29 de junio de 2016.
- 52.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de junio de 2016. MP: José Francisco Acuña Vizcaya.
- 53.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 01 de junio de 2017. MP: Eyder Patiño Cabrera.
- 54.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de septiembre de 2017, MP: José Luis Barceló Camacho.
- 55.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Instrucción No.2. Auto de calificación del mérito del sumario del 01 de febrero de 2018. MP: Luis Antonio Hernández Barbosa.
- 56.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 07 de febrero de 2018. MP: Luis Guillermo Salazar Otero.
- 57.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 28 de febrero de 2018. MP: José Francisco Acuña Vizcaya.
- 58.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de abril de 2018. MP: Fernando Alberto Castro Caballero.

- 59.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 02 de mayo de 2018. MP: José Luis Barceló Camacho.
- 60.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 09 de mayo de 2018. MP: Patricia Salazar Cuéllar.
- 61.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de junio de 2018. MP: Luis Guillermo Salazar Otero.
- 62.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de octubre de 2018. MP: Patricia Salazar Cuéllar.
- 63.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de noviembre de 2018. MP: Luis Antonio Hernández Barbosa.
- 64.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de noviembre de 2018. MP: Eyder Patiño Cabrera. P.18.
- 65.** Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia, Auto del 24 de enero de 2019. MP: Ariel Augusto Torres Rojas.
- 66.** Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 06 de marzo de 2019. MP: Luis Guillermo Salazar Otero.
- 67.** Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Sentencia del 06 de junio de 2019. MP: Ariel Augusto Torres Rojas.
- 68.** Díaz, R.F. (2018). *Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución*. Filosofía del Derecho Constitucional. Querétaro, México; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- 69.** Echavarren, J.M. (2007). Aspectos socioeconómicos de la evaluación de impacto ambiental. *Revista Internacional de Sociología*. Vol. LXV, N°47. Mayo-agosto. P.99-116. Córdoba, España.
- 70.** Egea Jiménez, C. y Soledad Suescún, J. (2011). Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto. *Cuadernos Geográficos*. (49), pp.201-215. Recuperado de: <https://www.ugr.es/~cuadgeo/docs/articulos/049/049-008.pdf>
- 71.** Erias Rey, A., y Álvarez-Campana, J.M. (2007). *Evaluación ambiental y desarrollo sostenible*. Madrid, España: Ediciones Pirámide.
- 72.** Eschenhagen, M.L. (2007). Las cumbres ambientales y la educación ambiental. *Revista Oasis* N°12. Pp.39-76. Universidad Externado de Colombia.

- 73.** Feijóo, S. B. (2004). *El dolo eventual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 74.** Feijóo, S. B. (2015). La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *Revista para el Análisis del Derecho*. N°3. (pp.1-28). Barcelona, España.
- 75.** Ferreira, F.J. (1982). *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático de los títulos III y IV del Decreto-Ley 100 de 1980*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- 76.** Figueroa, L. (2012). La ubicación del interviniente en los delitos que protegen el bien jurídico de la Administración Pública. (Tesis de Maestría) Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia.
- 77.** Fiscalía General de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). *Tipologías de corrupción en Colombia: Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad. Del Cohecho y la Concusión*. Tomo I. Bogotá, Colombia.
- 78.** Gafner-Rojas, C.M. (2018). *El derecho Internacional Ambiental y su reflejo en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 79.** Generalitat Valenciana, ACNUR y CEDHUL. (2007). *Desplazamiento forzado en Colombia: Derechos, acceso a la justicia y reparaciones*. Bogotá, Colombia: Futura Impresores.
- 80.** Gómez Méndez, A., y Gómez Pavajeau, C.A. (2004). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 81.** Gómez, Martín. V. (2003). *Los delitos especiales*. (Tesis de doctorado). Universidad de Barcelona. Barcelona, España.
- 82.** Gómez Orea, D. (2003). *Evaluación de Impacto Ambiental: Un instrumento preventivo para la gestión ambiental*. Madrid, España: Ediciones Mundi-Prensa.
- 83.** González, M. P.E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Colección JUS Penal. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- 84.** González Villa, J.E. (2006). *Derecho ambiental colombiano. Parte general, Tomo I*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 85.** Grupo Temático Mundial de Protección. (2010). *Manual para la Protección de los Desplazados Internos*.

86. Gutiérrez, R. M. (2001). *La responsabilidad penal del coautor*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
87. Hernández, E. A. (2011). Autoría y participación. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. (pp. 268-305). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
88. Herrera, L., y León, C. (2004). *Particulares que ejercen funciones públicas para la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. (Tesis de grado). Universidad de la Sabana. Bogotá, Colombia.
89. ICIJ. (2015). Desplazados y Abandonados. [Recuperado de]: <http://projects.huffingtonpost.com/worldbank-evicted-abandoned>.
90. Iniciativa para la Transparencia de la Industria Extractiva (EITI). (2017). “Proyectos de Interés Nacional y Estratégico PINE”. Recuperado de: <https://www.minenergia.gov.co/proyectos-de-interes-nacional-estrategico-pine>.
91. Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.
92. Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y Teorías de la Imputación*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
93. Lombana, J. (2014). *Corrupción, Cohecho y Tráfico de Influencias en España y Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
94. MADS y ANLA. (2018). *Metodología General para la Elaboración y Presentación de Estudios Ambientales*. Bogotá, Colombia.
95. Maggiore, G. (1955). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III – Delitos en particular*. Traducción de José J. Ortega Torres. Bogotá: Colombia. Editorial Temis.
96. Manzini, V. (1035). *Trattato di Diritto Penale. Secondo il Codice del 1930*. V.5. Turín: Italia. Editorial Turinense.
97. Martínez, A.J. (2002). *Régimen penal de la función pública. Corregida y actualizada de acuerdo al nuevo código penal (Ley 599 de 2000). Doctrina y Jurisprudencia. Segunda edición*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
98. Martínez Villegas, A. (2012). Problemática sectorial del licenciamiento ambiental. En García Pachón, M.P. *Evaluación de Impacto Ambiental*. Pp. 305-335. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- 99.** MCAusland, S. M.C. (2008). *Tipología y Reparación del Daño No Patrimonial: Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 100.** Mesa de la Sociedad Civil para la Transparencia en las Industrias Extractivas y Transparencia por Colombia. (2017). *Mapa de Riesgos de Corrupción: Otorgamiento de títulos mineros y licencias ambientales*. Bogotá, Colombia. Transparencia por Colombia.
- 101.** Ministerio del Medio Ambiente de Colombia y Convenio Andrés Bello. (2002). *Manual de Evaluación de Estudios Ambientales: Criterios y Procedimiento*. Bogotá, Colombia.
- 102.** Ministerio de Minas y Energías. (2018). “Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINE)”. Recuperado de: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/informes-iti/informe-2016/marco-institucional/pines/>
- 103.** Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte General – 10ª edición*. Barcelona, España: Editorial Reppertor.
- 104.** Molina Arrubla, C.M. (2003). *Delitos contra la Administración Pública. Conforme con el Nuevo Código Penal, Cuarta edición*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- 105.** Muñoz, P. J.J. (2014). *El desplazamiento forzado interno en la normatividad internacional y en el ordenamiento jurídico colombiano*. Cauca, Colombia: Editorial Universidad del Cauca.
- 106.** Observatorio de Anticorrupción y Justicia. La noción de interviniente en la legislación penal y la jurisprudencia. [Recuperado de]: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Documents/documentos-analisis-observatorio/nocion-interviniente-legislacion-penal-jurisprudencia.pdf>
- 107.** ONU. (1972). *Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano*. Conferencia de las Naciones Unidas.
- 108.** OACNUDH, ACNUR y CODHES. (2001). *Compilación sobre desplazamiento forzado: Normas, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional*. Bogotá, Colombia: Quebecor World.
- 109.** Ortiz, R. A. (1987). *Manual de Derecho Penal Especial*. Medellín, Colombia: Colección Universidad de Medellín.

- 110.** Pacheco, Osorio. P. (1959). *Derecho Penal Especial - Tomo I*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda.
- 111.** Pérez, A. J. (1998). *La coautoría y la complicidad necesaria en derecho penal*. Granda, España: Editorial Comares.
- 112.** Pérez, L.C. (1978). *Tratado de derecho penal. Tomo III, Segunda edición reelaborada*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda.
- 113.** Pérez, L.C. (1984) *Derecho Penal: Partes general y especial, Tomo III*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Ltda.
- 114.** Ragués, R. (2013). Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. *Revista Discusiones XIII. N°13. (pp.11-38)*. Bahía Blanca, Argentina: Universidad Nacional del Sur.
- 115.** Ragués, R. (2013). A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva. *Revista Discusiones XIII. N°13. (pp.139-166)*. Bahía Blanca, Argentina: Universidad Nacional del Sur.
- 116.** Reyes Alvarado, Y. (2016). *El delito de tentativa*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.
- 117.** Reyes, E.A. (1986). *Derecho penal. Parte general*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 118.** Reyes, E.A. (2017). *Derecho Penal. Undécima edición*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- 119.** Rodríguez Becerra, M. (1996). La corrupción y la impunidad: dos grandes protagonistas del deterioro ambiental. *Revista Ozono. N°11. Pp.4-5*. Bogotá, Colombia.
- 120.** Rojas Mejía, B. (2012). Esquema de licenciamiento ambiental en Colombia. En García Pachón, M.P. *Evaluación de Impacto Ambiental*. Pp. 133-151. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 121.** Rojas Díaz, D.A. (2013). *Licencias ambientales en Colombia: límites o autorizaciones para el uso de los recursos naturales*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.
- 122.** Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid, España: Editorial Civitas, S.A.

- 123.** Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en materia penal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- 124.** Ruíz, C.E. (2011). Teorías de los fines de la pena. En: *Lecciones de derecho penal. Parte General*. (pp.29-42). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 125.** Ruíz, C.E. (2011). *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 126.** Sampedro, A. C. (2011). Delitos contra la Libertad Individual y otras Garantías. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. (pp. 777-792). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 127.** Sandoval, R. (2017). ¿Qué es corrupción en Colombia? Discursos y metáforas. Análisis de discurso de qué se entiende en Colombia por corrupción a partir de las metáforas de la vida cotidiana en el 2015. (Tesis de Maestría). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- 128.** Schünemann, B. (2018) “Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales”. *Revista de la Facultad de Derecho*, N°81. Diciembre-mayo, pp.93-112. Universidad de Alcalá, España.
- 129.** Sleman-Chams, J. y Velásquez Muñoz, C. (2016). La licencia ambiental: ¿Instrumento de comando y control por excepción? *Vniversitas*. N°132. Pp.483-514.
- 130.** Suárez, A. (2011). Delitos contra el patrimonio económico, En: *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial* (pp.793.839). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 131.** Svampa, M. (2012), Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina. *Observatorio Social de América Latina*. (32), pp.15-38.
Recuperado de:
<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20120927103642/OSAL32.pdf>
- 132.** Tierra Digna. Torres, A., Rocha, J., Melo, D., Peña, R. (2015). *El Carbón de Colombia: ¿Quién Gana? ¿Quién Pierde? Minería, Comercio global y Cambio climático*. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna.
- 133.** Transparencia Internacional. (2015). ¿Qué es corrupción? Recuperado de <https://www.transparency.org/what-is-corruption>

134. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia del 21 de marzo de 2014, MP: Fernando León Bolaños Palacio.

135. Urbano Martínez, J.J. (2011). Concepto y función del derecho penal. En: *Lecciones de derecho penal. Parte General.* (pp.15-25). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

136. Valeije A., I. (1995). *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho.* Madrid, España: Editoriales de Derecho Reunidas.